



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Procesal
Informe Final

**IURA NOVIT CURIA: APLICACIÓN DEL AFORISMO EN MATERIA JURÍDICA
COMERCIAL EN COLOMBIA**

Trabajo de Grado para optar al Título de Magíster en Derecho Procesal

Presentado a:

Mg. Graicy Sierra Ospina, Asesora Temática
Mg. Alba Luz Muñoz Restrepo, Asesora Metodológica

Elaborado por:

Luis Fernando Bustamante Arismendy

Noviembre 8 de 2011

Medellín

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	1
TÍTULO	5
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
2. MARCO TEÓRICO	9
2.1. EL DERECHO QUE DEBE CONOCER EL JUEZ	9
2.1.1. Las fuentes del derecho	10
2.1.2. La Constitución y la Ley	12
2.1.3. Valores, principios y reglas	14
2.1.4. La Jurisprudencia	21
2.1.5. Los derechos humanos y el INC	38
2.2. EL DERECHO PROCESAL Y EL CONCEPTO DEL INC.....	44
2.2.1. El principio dispositivo y el iura novit curia	47
2.2.2. Características del principio dispositivo.....	49
2.2.3. Da mihi factum, dabo tibi ius -Dadme los hechos y te daré el derecho-... 54	
2.2.4. Nemo iudex sine actore (no hay Juez sin actor), ne procedat iudex ex officio (no proceda el Juez de oficio).....	57
2.2.5. Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium. El Juez falla conforme a lo alegado y probado por las partes.	60
2.2.6. El principio de congruencia y el INC.....	60
2.2.7. La confirmación procesal y el inc	66
2.3. EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA (INC) EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA.....	76
2.3.1. Colombia.....	76
2.3.2. Europa.....	80

2.3.3.	Common Wealth	86
2.3.4.	Latinoamérica.....	88
2.4.	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA.....	100
2.4.1.	El derecho constitucional y el INC.....	100
2.4.2.	El derecho administrativo y el aforismo INC.....	122
2.4.3.	El Derecho laboral y el INC	133
2.4.4.	El derecho penal y el INC.....	134
2.5.	LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO COMERCIAL	137
2.5.1.	El concepto de globalización.....	137
2.5.2.	Organismos internacionales y la producción de normas en materia comercial.....	141
2.5.2.1.	UNIDROIT, UNCITRAL, Lex Mercatoria	141
2.5.2.2.	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL).....	143
2.5.2.3.	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). 144	
2.5.2.4.	Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).....	145
2.5.2.5.	Cámara de Comercio Internacional (ICC).....	145
2.5.2.6.	Organización Mundial de Comercio (OMC)	148
2.5.3.	Acuerdos comerciales suscritos por Colombia.....	149
2.6.	EL DERECHO COMERCIAL Y EL INC	151
2.6.1.	La noción de contrato y la costumbre mercantil	151
2.6.2.	Principios procesales mercantiles	156
2.6.3.	Las fuentes del derecho comercial y el INC	157
2.6.4.	El derecho comercial.....	160
2.6.5.	La costumbre	167
2.7.	EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA ...	172
3.	OBJETIVOS.....	184
3.1.	Objetivo general	184

3.2. Objetivos específicos.....	184
4. PROPÓSITO	184
5. HIPÓTESIS.....	185
6. METODOLOGÍA	185
6.1. Tipo de estudio	185
6.2. Población objetivo	185
6.3. Diseño del plan de datos	185
6.3.1. Gestión del dato	185
6.3.2. Obtención del dato	186
6.3.3. Recolección del dato	186
6.4. Control de sesgos.....	186
6.5. Prueba piloto	187
6.6. Procesamiento de datos.....	188
6.7. Plan de análisis	188
6.8. Cronograma.....	189
7. Presupuesto.....	192
7.1. Presupuesto desglosado	193
8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	195
8.1. Objetivo general	197
8.2. Objetivos específicos.....	206
8.2.1. Analizar la evolución de la aplicación del lura Novit Curia en materia comercial por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en los últimos diez años.....	206
8.2.2. Conocer los razonamientos legales de la aplicación del lura Novit curia en los fallos realizados por la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en el período analizado. (Ratio)	209
8.2.3. Establecer en el período analizado en qué procesos el aforismo fue utilizado por el casacionista y en cuales por la corte.....	217
8.3. HIPÓTESIS	218

8.3.1. Variable 1	218
8.3.2. Variable 2	228
9. CONCLUSIONES	231
10. RECOMENDACIONES	237
11. ÉTICA.....	238
12. BIBLIOGRAFÍA.....	239
13. ANEXOS	258

TÍTULO

IURA NOVIT CURIA: APLICACIÓN DEL AFORISMO EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL EN COLOMBIA

RESUMEN

Este trabajo se ocupa de analizar el aforismo *iura novit curia* (INC) y su aplicación por parte de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en materia jurídica comercial en Colombia, enmarcado en el fenómeno de la globalización y la obligatoriedad o vinculación de las normas que surgen de éste en el sistema jurídico Colombiano. Se construyó un marco teórico profundo para luego rastrear la doctrina y la jurisprudencia de la CSJ entre 2000-2010, específicamente las sentencias de la sala civil relacionadas con derecho comercial, así como también otras fuentes extranjeras al respecto, y se delimitó la facultad-deber que tiene el juez en el proceso. La información recolectada fue consignada en formatos de resumen documental y posteriormente analizada negando la hipótesis sobre la existencia de riesgos para los comerciantes en la aplicación judicial del INC en la posible resolución de conflictos jurídicos y económicos en materia comercial. En conclusión, el uso del aforismo en Colombia en materia jurídica comercial es restringido por el principio dispositivo dado su uso ínfimo, esporádico, retórico y los límites de tipo procedimental que impiden al juez ampliar, reducir o corregir la calificación jurídica de la demanda hecha por las partes.

Palabras Clave: *Iura Novit Curia*, Justicia Material, Principio Dispositivo, Recurso de Casación.

ABSTRACT

This work analyses *Iura Novit Curia* (INC) and its application by the Supreme Court of Justice (CSJ) in trade matters in Colombia, according to the globalization movement and the obligation of including the norms that come from here to the Colombian juridical system. A complete state of the art on INC was written in order to track doctrine and jurisprudence of the CSJ from 2000 to 2010, specifically those sentences of the civil room related to trade law, as well as other foreign sources in the matter, and the judge power-duty was delimited in the process. Collected information was arranged in documental summary templates and later analysed denying the hypothesis on the existence of risk to businesses related to the application of INC in the possible economic and judicial conflict resolution in trade law. In conclusion, the use of INC in trade law in Colombia is restricted by the dispositive principle given its poor, sporadic, rhetorical use and the procedure limits that impede the judge of widen, reducing or correcting the juridical qualification of the demand made by the parts.

Keywords: *Iura Novit Curia*, Material Justice, Dispositive Principle, Resource of *Casación*.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Conforme a visitas realizadas y consultas en la web no existe en las bibliotecas de la ciudad de Medellín ni de la capital de la república, un estudio sobre el tema que permita conocer la forma como la Corte Suprema de Justicia le ha dado aplicación al aforismo en materia jurídica comercial en los últimos diez años, ni en toda la historia de la Corte.

Según Keller¹, las preguntas sobre el conocimiento se deben construir sobre algo evidentemente existente, estudiar el aforismo *iura novit curia*, resulta un desafío para el conocimiento puesto que son pocas las referencias existentes sobre el tema ya sea en Colombia o en el mundo, de acuerdo con los textos disponibles en bibliotecas, librerías visitadas o en los artículos de revistas, bases de datos electrónicas o páginas web consultadas.

Conocer el derecho no es solo el entendimiento del concepto, sino la interpretación y aplicación del mismo. No se limita a lo que se encuentra escrito mediante convención de las partes, manifestación de autoridad o legislación interna o externa. El problema es mucho más complejo por cuanto el concepto de derecho abarca el sistema moral de la sociedad en la que se inserta y del cual emergen los valores y principios que al ser positivizados se convierten en legislación.

Sin embargo, el hecho de que no sea un tema con prolífica difusión o estudio, o que presente un alto nivel de complejidad, no significa que no exista, lo que plantea dicha realidad es que por ésta misma circunstancia debe ser objeto de estudio ya sea en ésta u otra investigación y debe ser abordado desde varios aspectos.

Lo anterior por cuanto el derecho como expresión de la voluntad soberana del estado, atraviesa por una crisis que se profundiza con la aplicación del aforismo *Iura Novit Curia* (INC), el cual ahora es utilizado en un entorno cada vez más interdependiente de las normas que surgen de las transacciones de las grandes firmas transnacionales y del capital internacional, supeditando en materia

¹ KELLER, A. Teoría General del Conocimiento. Editorial Herder. Barcelona: España. 1988

comercial el derecho interno al llamado bloque de constitucionalidad que incorpora normas extranjeras a la legislación nacional.

La globalización en materia comercial permite que se creen normas que no emanan del Estado Nacional, sino que corresponden a prácticas comúnmente aceptadas en la comunidad global. Estas prácticas tienden a uniformar el derecho y encuentran eco en los jueces que las aplican como derecho, en algunos casos autorizados por norma positiva, en algunos otros como consecuencia de su obligación de administrar justicia y solucionar el conflicto planteado.

La concepción de la naturaleza de estas normas, ya sea como hecho o como derecho, implica que se deban o no probar, aducir al momento de la presentación de la demanda o en cualquier momento procesal e incluso influye en la necesidad de otorgar recursos sobre la decisión tomada.

El código de procedimiento civil colombiano establece como requisitos de la demanda de casación los siguientes:

ARTÍCULO 374. REQUISITOS DE LA DEMANDA. La demanda de casación deberá contener:

- 1. La designación de las partes y de la sentencia impugnada.*
- 2. Una síntesis del proceso y de los hechos, materia del litigio.*
- 3. La formulación por separado de los **cargos contra la sentencia recurrida**, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa. Si se trata de la causal primera, se señalarán las **normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas**.*

Cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su

contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre. Si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción.

Obsérvese que no solo se debe señalar las normas de derecho sustancial violadas, sino también las normas de carácter probatorio infringidas, por ello es necesario ahondar en el estudio de la solución de casos en que los procesos han sido objeto del recurso extraordinario, para conocer el tratamiento que le ha dado la corte al aforismo, en sentencias de casación en materia jurídica comercial.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. EL DERECHO QUE DEBE CONOCER EL JUEZ

Para entender la magnitud de la responsabilidad del juez en el uso de la poco usada expresión, aforismo o brocárdico *iura novit curia*, “el Juez conoce el derecho”, es necesario dilucidar brevemente, que se entiende por fuente del derecho, que se entiende por derecho, que se entiende por ley, principios y valores, conocer el ahora llamado “derecho universal”, el valor obligatorio o vinculante de la jurisprudencia y determinar el grado de obligatoriedad de la costumbre como fuente de derecho, con el fin de lograr aproximaciones posibles que permitan entender el concepto de la máxima o aforismo y su aplicación al caso concreto.

2.1.1. Las fuentes del derecho

En nuestro sistema jurídico la Constitución y la ley son consideradas las fuentes originarias o primarias del derecho o como las define García² las *fuentes formales del derecho*³, por ser el producto de la voluntad del constituyente primario o derivado, pero también se le ha dado fuerza de ley a los decretos expedidos por el presidente de la república en los casos que así lo determine la constitución política; en el caso de los llamados tratados internacionales, se consideran fuente de derecho por el llamado “bloque de constitucionalidad”, entendido como el *“conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como orientaciones o directrices para el control de constitucionalidad de las leyes”*⁴.

Quintero entiende las fuentes como *“ciertas categorías básicas en las cuales se exteriorizan normas jurídicas”*⁵ y renombra las formales como directas o inmediatas, entre las que cita la constitución, los derechos fundamentales o derechos humanos, las leyes de reforma de la constitución, las sentencias de constitucionalidad; los diferentes tipos de leyes; el reglamento; los tratados internacionales; la costumbre; la jurisprudencia y clasifica como otras fuentes las denominadas materiales, que remite a los orígenes o causas para que la norma exista y se manifieste en una fuente formal o directa.

Las primeras según la doctrina tradicional, colocan todo el aparato del Estado detrás del precepto para crear la posibilidad de materializar una sanción en el caso de su incumplimiento, ésta característica es lo que hace a las normas adquirir el carácter de jurídicas, es decir, obligatoria por ser coercible. Son las llamadas

² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa S.A. Buenos Aires, Argentina. 1978.

³ Ibidem. Pág.51.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁵ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. Cuarta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 89.

fuentes formales y constituyen una norma superior donde se fundamenta la validez de la norma que se aplica al caso concreto, como cuando el legislador soporta sus decisiones con fundamento en la Ley o la constitución o el Juez invoca a la Constitución, la Ley o el reglamento como fundamento de su sentencia.

A contrario sensu, las fuentes materiales o reales del derecho son las fuentes extrajurídicas. Los factores, las circunstancias, elementos, que condicionan y determinan el contenido de la norma jurídica que puede ser adoptada por el legislador para ser consagrada en la ley, o por el Juez en la sentencia mediante la interpretación o la analogía o por la voluntad de los intervinientes en un acto jurídico.

Las llamadas “reales”, determinan el contenido de las normas y están ligadas a los factores, elementos o hechos sociales y económicos, produciendo en el campo comercial una tensión entre las partes, casi siempre dirimida a favor de la parte más fuerte, generando lo que denomina De Souza el “*fascismo contractual*”⁶, en el cual la parte más débil -por no tener alternativa-, acepta las condiciones impuestas por la parte más fuerte, por muy costosas y despóticas que sean.

Todas las fuentes, las que nacen del legislador, el Juez o la comunidad organizada se llaman fuentes del derecho, por ser los medios que hacen valer las reglas de estos en cada momento de la vida.

Para conocer el sistema de fuentes del derecho, es necesario entonces ahondar en la idiosincrasia, cultura, valores y creencias de las sociedades que luego se reflejan en las leyes aprobadas por el legislador o en los fallos emitidos por los jueces.

⁶ DE SOUZA SANTOS, Boaventura. SOCIOLOGÍA JURÍDICA CRÍTICA. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, Colombia.2009. Pág. 488.

2.1.2. La Constitución y la Ley

Quintero⁷ expresa que *“una concepción normativa percibe el derecho como el conjunto de normas producidas por quienes poseen el monopolio de la coacción en el Estado, consagradas positivamente a efectos de garantizar la seguridad jurídica. Una concepción realista lo define como el conjunto de decisiones que permiten alcanzar la equidad o justicia en un caso particular”* y atribuye la diferencia de criterios a la interpretación realizada por la Corte Constitucional a partir de 1991.

Para los primeros, es decir los que perciben el derecho como el producto del monopolio del Estado, la perspectiva dominante es la formalista que se mantuvo hasta la Constitución de 1991, mientras que para los segundos a partir de la nueva carta política la Corte va consolidando un desplazamiento hacia el realismo jurídico que incorpora además de la ley al proceso, la necesidad de *“moralizar las normas jurídicas y el proceso”*⁸, para lo cual se valen de los valores y principios constitucionales.

Hart⁹ sostiene, que según la escuela formalista, para que existiese una norma jurídica se requería del “reconocimiento jurídico”, el cual se encuentra íntimamente ligado al concepto de coerción para que la orden emitida sea considerada como derecho. *“Según esta concepción el derecho es la orden del soberano o de un subordinado a quien aquél puede elegir para que dé órdenes en su nombre. En el primer caso, el derecho es creado por la orden del soberano en el sentido más literal de “orden”. En el segundo caso, la orden dada por el subordinado sólo será considerada derecho si, a su vez, es dictada en cumplimiento de alguna orden emitida por el soberano. El subordinado debe tener alguna autoridad delegada por el soberano para dar órdenes en nombre de éste”*¹⁰, pero con antelación

⁷ QUINTERO M, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Editorial Universidad ICESI. Cali, Colombia. 2008.

⁸ FRANK, Jerome. DERECHO E INCERTIDUMBRE, Ediciones Coyoacán, Coyoacán. México. 2001. Pág 137.

⁹ HART, Herbert L.A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.

¹⁰ *Ibidem*. Págs. 33 y 57

expresaba que *“no todas las normas jurídicas son legisladas, ni todas son la expresión del deseo de alguien”*, lo cual abre una compuerta para la existencia de normas jurídicas que pueden ser consideradas derecho, sin que las mismas hayan sido expedidas por el constituyente o el legislador, tal es el caso de la jurisprudencia, los tratados internacionales y la costumbre.

Es por ello que en nuestro sistema jurídico, no solo debemos contemplar como derecho la Constitución y la ley, sino otra serie de “normas jurídicas” que obtienen el reconocimiento del súbdito a partir de su “obediencia”, o del ciudadano o comerciante a través de la “práctica”. Ésta última aseveración extiende el concepto de derecho e involucra además de la voluntad del “soberano”, la voluntad del ciudadano y en el caso del derecho comercial, la voluntad del comerciante, circunstancias que expanden el nivel de conocimiento del derecho que debe o tiene que tener el Juez.

Esta última visión que incorpora normas jurídicas al ordenamiento que no son legisladas, es la que se conoce como el derecho vivo, aquel que no se identifica con el derecho estatal cuya característica es la coerción. Del derecho vivo hace parte una pluralidad de ordenamientos jurídicos *“que los hombres cumplen por consideraciones muy distintas al temor de la sanción que puede provenir de los tribunales del Estado”*¹¹.

Porque como lo sostiene Alexy, *“de acuerdo con la visión restrictiva lo que sea el derecho es algo que depende exclusivamente de lo que en realidad se haya expedido y de lo que sea socialmente eficaz. Es un asunto de hechos sociales. De acuerdo con la visión comprensiva, lo que sea el derecho es algo que depende de lo que se considere correcto que el derecho sea. Esta visión constituye la*

¹¹ CASTAÑO BEDOYA, Alejandro. TEORÍA DINÁMICA DEL DERECHO. Librería Jurídica COMLIBROS. Primera Edición. Bogotá. Colombia. 2005. Pág.95.

perspectiva del participante. Lo que se considere correcto que el derecho sea no depende solo de hechos sociales sino también de la corrección moral”¹².

Estas corrientes filosóficas y doctrinarias del derecho han hecho carrera en nuestro ordenamiento, haciendo desueta la concepción que sobre la ley trae el artículo 4º de la ley 57 de 1887, la cual se define como *“una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”*.

2.1.3. Valores, principios y reglas

En Colombia al momento de la promulgación de la Constitución Política de 1991, nuestros constituyentes estaban adscritos a un sistema moral positivizado, entendido éste como un *“cuerpo o conjunto normativo que dicen de antemano a los individuos que hacer en cada circunstancia, con base en tradiciones, costumbres, creencias religiosas, mitos etc.”¹³*, el cual fue modificado, mediante la inclusión de nuevos principios y valores que aparecen positivizados por primera vez en la Constitución y que por tanto son de obligatorio cumplimiento en la labor que cumple el Juez de decir el derecho o aplicarlo al caso concreto.

La constitución política de Colombia, además del preámbulo, se compone de 13 títulos y 280 artículos. Entre los tipos de preceptos constitucionales o de normas que contiene, podemos identificar los siguientes: los valores, los principios y las reglas. Dworkin llama este conjunto de normas *“principios y directrices políticas”¹⁴*.

La mayoría de principios y valores los podemos encontrar como *“principios fundamentales”*, en el preámbulo y el artículo primero y segundo de nuestra constitución que prescriben:

¹² ALEXY, Robert. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, España. 2008. Pág. 96.

¹³ QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Aspectos Teórico-prácticos. Primera Edición. Editorial Universidad ICESI. Cali, Colombia. 2008. Pág. 90.

¹⁴ Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1984. Pág. 72.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991

PREÁMBULO

EL PUEBLO DE COLOMBIA

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana decreta, sanciona y promulga la siguiente

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

TÍTULO I

DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La mayoría de valores se consagran en el artículo segundo así:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y

cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La definición y comprensión de ambos preceptos, principios y valores, no la podemos extraer de la redacción del articulado y el preámbulo. Por lo anterior, para dar una mayor claridad sobre lo que significan o lo que representan en la labor del Juez, apelaremos a las definiciones o conceptos que sobre los mismos han hecho los estudiosos de la ética –que estudia la moral- la dogmática jurídica y en especial la jurisprudencia en Colombia.

Lo anterior, por cuanto no podemos desligar el sistema moral existente al momento de la promulgación de la constitución, de nuestro sistema jurídico entendido como *“el conjunto de enunciados lingüísticos sobre las normas jurídicas o frases con sentido, formadas con palabras, sobre el derecho vigente”*¹⁵, y que está presente en la labor del juez al momento de aplicar la norma que conoce interpreta y aplica -iura novit curia- al caso concreto.

En el campo de la moral, los principios éticos son las creencias básicas desde las cuales se erige el sistema de valores al que la persona o los grupos se adscriben. Se refieren a las normas o ideas fundamentales que rigen el pensamiento o la conducta. A diferencia de los anteriores, los principios constitucionales son prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica y en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace

¹⁵ QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Aspectos Teórico-prácticos. Primera Edición. Editorial Universidad ICESI. Cali, Colombia. 2008. Pág. 27.

de ellos normas de aplicación inmediata, es decir son normas jurídicas para el presente.

Los principios, según la definición que de los mismos hace Alexy, son “*mandatos de optimización*”¹⁶, o máxima general que aunque no esté consignada en un escrito -por acuerdo de la sociedad-, orienta el comportamiento de sus integrantes. Lo anterior para diferenciarlo de las normas positivas o las reglas jurídicas que se plasman en el ordenamiento jurídico. Estos principios también deben ser conocidos por el Juez al permear y gravitar sobre el contenido de la norma que se incorpora en el sistema jurídico

También podríamos decir que los principios, son normas fundamentales del orden jurídico-político que configuran el estado, entre ellos podemos mencionar, entre otros: Igualdad (art.13), intimidad y buen nombre (art 15), libre desarrollo de la personalidad (art 16), debido proceso (art. 29), buena fe (art 83), moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia (art 209).

Ahora bien, por valores –en el campo de la ética-, se entienden aquellas formas de ser y de actuar de las personas que son altamente deseables como atributos y cualidades nuestras y de los demás, por cuanto posibilitan la construcción de una convivencia gratificante, en el marco de la dignidad humana. Los valores constitucionales en cambio, representan el catalogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Sobre ellos se construye el fundamento y la finalidad de la organización política, su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta.

¹⁶ ALEXY, Robert. TRES ESCRITOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2003. Pág. 94.

En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales solo tienen eficacia interpretativa o únicamente cumplen una labor de interpretación por parte de juez, es decir no son normas de aplicación directa y por tanto permiten una amplia discrecionalidad en su interpretación al caso concreto. A diferencia de los principios -que son de aplicación inmediata-, los valores establecen fines jurídicos para el futuro. Es lo deseable en una democracia constitucional y al ser el fundamento de la organización política, no solo deben ser conocidos –*iura novit curia*- e interpretados por el juez, sino que en dicha labor debe garantizar el cumplimiento de la finalidad del Estado.

Entre los valores podemos mencionar, según el preámbulo de nuestra constitución: convivencia y justicia (art 2), vida (art 11), igualdad y libertad (art 13), paz (art 22), trabajo (art 25), conocimiento (art 27), pluralismo político (art. 40).

Para Dworkin, los principios son estándares o “estipulaciones vagas”¹⁷, o como los llama la corte en la sentencia T 406 de 1992 “prescripciones jurídicas generales” y por ello tienen una “textura abierta”. Esta característica la comparten los principios con los valores por ser éstos un “conjunto de propósitos de textura interpretativa abierta”¹⁸.

Cuando una norma o principio presenta ésta cualidad, genera dificultades en la aplicación al caso concreto y por ello es necesario acudir a uno de los criterios de interpretación existentes. En una democracia constitucional el Juez acude a la discrecionalidad interpretativa, para poner en relación la constitución, con la ley y el problema o hecho a resolver.

Esta dificultad marca la importancia que adquiere el Juez en el “estado social de derecho”, y la importancia del uso del aforismo *Iura Novit Curia*, puesto que si bien

¹⁷ DWORKIN, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Primera Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1984. Pág. 212.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de junio 5 de 1992.M.P.CIRO ANGARITA BARÓN.

el cumplimiento de sus fines compete a la totalidad de las autoridades, es el Juez - al desatar la controversia o caso concreto, -en el que incluso una de las partes puede ser otro organismo estatal-, el llamado a ser garante de la realización de la justicia material y de la preservación de los principios y valores constitucionales, que por su generalidad requieren de la consecuente interpretación en su aplicación al hecho específico.

Lo anterior, por cuanto es imposible exigir a la ley que prevea la totalidad de los hechos y circunstancias que puedan surgir en el conglomerado social, los cuales de ser incorporados al derecho positivo, pueden generar una mayor complejidad en su aplicación, puesto que si existen casos análogos, otros tienen modificaciones que pueden surgir en razón de prácticas sociales, culturales o geográficas que modifican la conducta de los ciudadanos y por tanto harían desueta la norma positiva. Se necesita entonces la aplicación de los principios y valores -entendidos éstos como criterios finalistas constitucionales- para que por su carácter general y abstracto se utilicen como un instrumento de aplicación concreta, en este caso por el Juez, para que el derecho conocido, interpretado y aplicado –iura novit curia- consulte la realidad social, de la que no puede abstraerse.

La tercera categoría de normas son las reglas. En el ordenamiento jurídico colombiano, se asimila la acepción del vocablo “regla” a la de un precepto de conducta exterior impuesto por una autoridad constituida. Sin embargo, las reglas en el derecho contemporáneo se asimilan a normas jurídicas que no necesitan del elemento coercitivo para su existencia, basta con que impongan obligaciones, establezcan facultades, permisos u organicen instituciones y procedimientos, para tener el carácter de reglas. Para su existencia en el ordenamiento jurídico tienen que reunir dos condiciones; su obediencia o práctica y que sean “*aceptadas por*

*sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial*¹⁹.

Según Hart, las reglas se dividen en dos tipos: *primarias y secundarias*²⁰; las primeras imponen deberes y obligaciones y las segundas confieren potestades para el reconocimiento de las mismas y señala que por esta última razón, existen normas jurídicas que aunque tienen las características de toda regla de derecho, no son obligatorias porque no involucran el elemento coerción.

La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado de abstracción y de obligatoriedad en cuanto a sus características y por lo tanto de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata. Los valores en cambio, tienen una eficacia indirecta, o solo tienen eficacia interpretativa, es decir al no prescribir una situación concreta que se pueda subsumir en el hecho acaecido, deben ser interpretados por el operador jurídico. Sin embargo algunos valores, por estar asociados con los derechos fundamentales tienen desarrollo constitucional como el derecho a la vida (art 11), igualdad (art 13), libertad (arts 13 y 17), la paz (art 22), al trabajo (art 25), conocimiento (art 27), pluralismo político (art 40).

De manera similar, la diferencia entre principios y reglas no es de naturaleza normativa sino también de grado de abstracción y de obligatoriedad y por lo tanto de eficacia. Las reglas poseen mayor eficacia, ya que son del tipo “todo” o “nada”, al existir el supuesto de hecho, identificado o tipificado con el enunciado legal, se aplica la consecuencia jurídica.

¹⁹ HART. Herbert L.A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Traducción de Genaro Carrió (1998). Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1961. Pág. 145.

²⁰Ibídem. Pág. 125.

Para su actividad los jueces parten entonces del conocimiento y la existencia del texto constitucional, en el cual se encuentran los principios, valores, reglas, derechos y criterios finalistas a aplicar, y paralelamente se enfrentan con la realidad social, con los hechos, y es sobre esta realidad social que el Juez debe definir y construir los alcances de una interpretación coherente de la carta constitucional, con esa realidad fáctica que le rodea.

El estudio de las reglas, valores y principios no ha sido un debate pacífico y mucho menos decantado como para aseverar en este momento un acuerdo pleno entre los diferentes filósofos y estudiosos del tema. Se hace necesario en primer término, enunciar la importancia en la tarea de la aplicación del Derecho y concretamente para su interpretación y argumentación, tener conocimiento de los conceptos de regla y principios, pues de ello deriva la correcta aplicación de la norma en un caso concreto habida cuenta que se debe partir desde la base del entendimiento del precepto normativo por parte del Juez.

2.1.4. La Jurisprudencia

El aforismo *iura novit curia* está asociado directamente al artículo 48 de la Ley 153 de 1887, en el sentido de que los jueces no pueden abstenerse de decidir una controversia pretextando oscuridad de la ley o vacío normativo, es decir el juez debe conocer el ordenamiento positivo y del mismo deriva la solución a los casos planteados, sin que pueda inhibirse de fallar.

En igual sentido se pronuncia el Código de Procedimiento Civil –Decreto Ley 1400 de 1970, en el artículo 4º que consagra:

ARTÍCULO 4o. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal, el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen 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 sus orígenes la ley 153 de 1887 limitaba su obligatoriedad a las causas o al litigio en que fueron pronunciadas las sentencias, así:

ARTICULO 17 que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

El Código de Procedimiento Civil de 1970, elimina esta prohibición y extiende la posibilidad de utilizar la jurisprudencia como fuente del derecho en casos análogos en el artículo 5º, que prescribe:

ARTÍCULO 5o. VACIOS Y DEFICIENCIAS DEL CÓDIGO. Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal.

Más recientemente ese mandato legal dirigido en principio a los jueces, fue consagrado para quienes ejercen autoridad administrativa por el propio legislador, quien en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010, ordenó:

*ARTÍCULO 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, **tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa***

administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. (negritas fuera de texto)

En la Sentencia C-539/11²¹, decisión que asumió el análisis de exequibilidad de algunos apartes del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, normatividad que contiene varias disposiciones destinadas a reducir la congestión judicial, la Corte asumió tres niveles de análisis diferenciados, a saber (i) el carácter vinculante reforzado que tienen los precedentes de las altas cortes para las autoridades administrativas; (ii) el papel de la jurisprudencia constitucional en el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho; y (iii) las cargas que deben cumplir las normas legales que reconocen ese carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes jurisprudenciales, expresa la Corte:

14. Para asumir el primero de los aspectos citados, la Corte partió de la reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometido la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto “ley” u “orden jurídico” a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

Así, en criterio de la Sala, “todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/11. Referencia: expediente D-8351. Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. || La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política”.

Lo anterior conlleva necesariamente una adecuada interpretación del concepto “imperio de la ley” al que refiere el artículo 230 C.P. Para la Corte, la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la

Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades.

La sentencia, sintetizando las decisiones de la Corporación que han asumido el tópico en comento, señaló que:

*“...[u]na interpretación adecuada del **imperio de la ley** a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. || Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae*

en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto”²².

La Corte también se refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes.

²²Sobre estos criterios se puede consultar la sentencia C-836 de 2001.

Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos **apartarse del precedente**, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas

razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales. En cambio, cuando el desconocimiento del precedente solo obedece a una actuación arbitraria del funcionario judicial, se está ante un abierto desconocimiento del principio de legalidad, sometido a las sanciones y demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva para conductas de esa naturaleza. Incluso, la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico.²³

Advierte que no sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración.

A este respecto, la sentencia analizada trae a colación pronunciamientos anteriores de la Corte, en los que ha expresado que *“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este*

²³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-335/08.

punto.”²⁴ (...) “La obligatoriedad del precedente es, usualmente, una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía institucional de la autonomía (C.P. art. 228), lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse, como se recordó en el fundamento jurídico 4., del precedente. Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas -más que ello, obligadas- a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales (C.P. art. 4). De ahí que, su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto”.²⁵”

Adicionalmente, la sentencia aclara que ese deber de acatamiento del precedente cobra mayor intensidad cuando se trata de la jurisprudencia constitucional. Ello en el entendido que, las normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes de derecho, entonces las decisiones que determinan su contenido y alcance son ineludibles para la administración, pues lo contrario significaría desconocer la vigencia del principio de supremacía constitucional y los efectos vinculantes *erga omnes* que el artículo 243 C.P. confiere a esos fallos.

En términos de la sentencia C-539/11 “en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte

²⁴Sentencia T-566 de 1998.

²⁵Sentencia T-439 de 2000.

Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho.”

A partir de los argumentos anteriores, la Corte ofrece en la misma sentencia C-539/11, una síntesis comprensiva de la jurisprudencia sobre la materia y establece un grupo de reglas conclusivas. Estas reglas son las siguientes:

19.1. Todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las altas cortes.

19.2. El entendimiento del concepto “imperio de la ley”, al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.

19.3. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley.

19.4. El mandato constitucional reseñado implica que las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las altas cortes o los fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos.

19.5. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (Arts. 29, 121 y 122 C.P.);

(ii) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos (Arts. 6º y 90 C.P.); y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (Art. 13 C.P.).

19.6. En caso de concurrencia de una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces.

19.7. Inclusive en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes;

19.8. Ante la falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia. Del mismo modo, si se está ante la presencia de diversos criterios jurisprudenciales existentes sobre una misma materia, las autoridades públicas administrativas están llamadas a evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de

vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso en concreto.

19.9. Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior.

19.10. El desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas; y (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela, contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

Posteriormente el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Establece el artículo citado:

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las

autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

La norma determina que las autoridades entendidas como todas aquellas que ejercen función administrativa, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. El precepto reitera los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente, excepto cuando de su desconocimiento se infiera que se ha violado derechos fundamentales o los principios y valores de la carta o las reglas que señala el órgano de control constitucional, por cuanto de incurrir en dicha conducta se estaría desconociendo la constitución y la ley, lo cual acarrea la correspondiente sanción disciplinaria y penal. Con lo anterior, ya no solo se someten a los precedentes jurisprudenciales los jueces de la república, sino también los operadores jurídicos que ejercen la

función administrativa en todos los órdenes y niveles de las diferentes ramas del poder público. Ellos también deben conocer el derecho.

Al analizar la norma citada y el carácter vinculante de la jurisprudencia para las autoridades señaló la Corte Constitucional²⁶:

11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.²⁷ Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.

11.1. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634/11.Expediente D-8413.Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

²⁷Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, "... el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden oscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.

precisado en cada caso concreto.²⁸ Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.

11.2. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador.

²⁸ Acerca de estas dificultades, agrupadas por la doctrina como el *escepticismo ante las reglas jurídicas*, Cfr... HART H.L.A. (2004) *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires. En especial, vid. Capítulo VII.

En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantarse un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están contruidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la

adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado.

11.3. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de otorga eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales.²⁹ Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.

De lo expuesto, no queda duda alguna del carácter obligatorio de la jurisprudencia como fuente del derecho, no solo para los jueces, sino también para las

²⁹ Para una explicación más detalladas desde la doctrina comparada, Vid. AARNIO, Aulis. (2000) *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. Fontamara. México.

autoridades administrativas. De ahí que no solo el juez deba conocer las subreglas que sirven para resolver el caso concreto, sino que también las debe conocer el operador jurídico que ejerza autoridad administrativa.

2.1.5. Los derechos humanos y el INC

El Juez no solo debe conocer el derecho privado y el derecho público, también ahora debe conocer el llamado “derecho universal”, para impartir justicia sin que viole los derechos fundamentales de las partes en conflicto y entre ellos tenemos el acceso a la administración de justicia art 229 de la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual también incorpora una norma de textura abierta, en la que también son obligatorios los tratados internacionales ratificados por el congreso, en efecto el artículo 94 consagra que *“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 humana, no figuren expresamente en ellos”*.

Para la resolución de los conflictos que surjan de la integración normativa de los derechos humanos en el derecho interno, se requiere de un Juez, en éste caso el colombiano, con una mayor preparación en el conocimiento de diferentes sistemas jurídicos, normas y reglas utilizadas y un acercamiento a culturas de las cuales no hacemos parte. Se requiere en conclusión de un Juez que en verdad “conozca el derecho” y que incorpore a la esfera de su conocimiento, conceptos bajo los cuales organismos internacionales de derecho público y privado permean la pretendida soberanía estatal, en temas que se consideran legitimadores de tal intromisión.

Lo anterior por cuanto, el concepto de derechos humanos, se encuentra arraigado en la civilización occidental y condiciona, cada vez en mayor medida, las decisiones no solo de los jueces, sino de las autoridades de todos los países que

se reputan soberanos, en temas que inicialmente corresponden a actividades de comercio como la explotación de los recursos naturales, la transformación de materias primas, el desarrollo tecnológico, pero que en la medida en que ocasionan problemas relacionados con el hombre, ingresan a la esfera de lo que se ha llamado la “universalización de los derechos humanos” aceptada por unos y rechazada por otros. Esta evolución y desarrollo del concepto y su adopción o rechazo está más relacionada con el peso específico de la influencia cultural económica o política que se produce al ritmo de la intervención o interrelación de los pueblos dentro y fuera de sus fronteras,-lo cual pone en duda la famosa declaración “universal” de derechos humanos-, que con la adopción o positivización de las costumbres, ya sea a través del Juez o el legislador.

En efecto, lo universal de la declaración universal de los derechos humanos se circunscribe a la llamada civilización occidental, lo cual coincide plenamente con otros conceptos de universalidad, como el de la iglesia universal de que hace gala el catolicismo, el universalismo moral o el filosófico.

Este concepto choca con la realidad de que las tres cuartas partes de los habitantes de éste planeta, no pertenecen a la civilización occidental. Es por ello que una mayoría de estados pertenecientes al mundo musulmán el cual comprende el Oriente Medio, el Magreb, Somalia, Afganistán, Pakistán, Malasia e Indonesia, la civilización hindú, localizada fundamentalmente en la India, la civilización sínica de China, Vietnam, Singapur, Taiwán y la diáspora china en Asia, el Pacífico y Occidente, el África sub-sahariana y las áreas budistas del norte de la India, Nepal, Bután, Mongolia, Birmania, Tailandia, Camboya, Laos y el Tíbet, no hacen parte de los firmantes de dicha declaración y si la suscribieron no la aplican por haber dejado constancia en relación con uno varios derechos allí establecidos, o por no haber suscrito los pactos sin que ninguna autoridad pueda imponer sanciones. Lo anterior debido a que la declaración no es de obligatorio cumplimiento por cuanto no crea obligaciones para los estados que la hayan

firmado, a diferencia de los pactos que son instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento.

La posición asumida por éstos países, para rechazar la tutela o validez de éstos derechos, tiene que ver con el concepto de civilización, el cual se asocia con el de cultura y en el caso de la cultura de los derechos humanos, la cual debemos entender como “ *las actitudes ético políticas que se impulsan desde el estado y la sociedad para aplicar las tres generaciones de derechos humanos en la estabilización de la convivencia política, social y cultural de los ciudadanos*³⁰, se requiere conocer los principios y valores que abraza la sociedad o el pueblo y especialmente los valores inculcados por las religiones, para entender su rechazo o reticencia a suscribir dicha declaración o el pacto que la complementa y adoptar los valores que contienen.

Esta concepción filosófica, política y cultural incide plenamente en las relaciones y negocios, puesto que el concepto de los derechos humanos no solo involucra el derecho a la vida o la libertad, sino los derechos sociales y económicos, que se verán afectados por la globalización y el comercio internacional.

La expresión “los derechos inherentes a la persona humana” contenida en el artículo 94 de la Constitución Política de 1991, introduce el concepto de dignidad humana y equipara los derechos fundamentales a los llamados derechos humanos.

En efecto, al igual que el concepto de derecho fundamental, que ha evolucionado desde una simple declaración de derechos individuales como la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, entre otros, nacidos de la concepción liberal de la revolución americana y francesa, contenidos en la declaración unánime de los trece Estados Unidos de América, aprobada por el congreso el 4 de julio de

³⁰ ZAMBRANO R, C. V. (2005). DERECHOS HUMANOS DE LAS CULTURAS (Primera ed., Vol. 16). Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.

1776, acto que gestó la independencia de los EEUU y la declaración de los derechos del hombre aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789, la idea de derecho humano se mantiene en permanente construcción.

Hoy se sostiene que existen hasta cuatro generaciones de derechos fundamentales, los de primera generación los cuales son identificados en mayor medida con los derechos humanos como son: El derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados, libertad y seguridad de la persona, el derecho a la privacidad, el derecho a casarse y a formar una familia, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la propiedad, el derecho a una personalidad jurídica, la igualdad ante la ley, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de opinión y expresión, la libertad de reunión y asociación, la libertad de movimiento, la libertad de participación en asuntos políticos; los de segunda generación que se identifican con los derechos económicos, sociales y culturales entre ellos: El derecho a una adecuada calidad de vida, el derecho al seguro social, el derecho al trabajo, el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, el derecho a construir y asociarse a sindicatos, el derecho a participar en la vida cultural, el derecho a la educación y entretenimiento, el derecho a la información; los de tercera generación derechos colectivos y del medio ambiente en los cuales podemos identificar el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente ecológico balanceado, el derecho-libertad para acceder a patrimonios naturales y culturales, incluyendo el patrimonio común de la humanidad y los de cuarta generación todavía innominados que comprenden todos aquellos surgidos del avance de la ciencia y la tecnología, que se relacionan en forma conexas con los derechos fundamentales de primera generación.

Chinchilla³¹ sostiene que en Colombia ha venido emergiendo un nuevo concepto de derecho fundamental, en forma discreta pero relevante, en el discurso de la jurisprudencia. Lo anterior lo soporta en la sentencia T-227 de 2003 de la corte constitucional que señala lo siguiente:

“...será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”

Lo afirmado es más cierto en estados en los que el activismo judicial ha reemplazado al legislador racional como fuente de derecho, lo cual permite modular, extender, ponderar o interpretar la norma de acuerdo a la evolución histórica o social del concepto que deba ser aplicado al caso concreto.

Una de las grandes dificultades para comprender o deslindar la evolución del concepto de derecho fundamental del concepto de derechos humanos – entendidos como todos los derechos del individuo, naturales e innatos, que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado-, es que existe una corriente mayoritaria que pretende asimilar o igualar ambos conceptos, llevando al derecho positivo como derecho humano todo pretendido derecho fundamental, lo cual es soportado en gran medida en la Declaración Universal de Derechos Humanos expedida el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual incluye no solo los derechos fundamentales de la primera sino hasta los de la tercera generación.

Esta declaración hace parte de la llamada carta internacional de los derechos humanos de las Naciones Unidas que se completa con dos pactos, el de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el de los Derechos Civiles y Políticos, aprobados en 1966, los cuales aún no han sido ratificados en su

³¹ CHINCHILLA H, Tulio Helí. ¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? (Segunda ed.) .Editorial TEMIS S.A. Bogotá, D.C., Colombia. 2009.

totalidad por los países miembros de las Naciones Unidas, por la diferencia de criterios en torno a la concepción de derecho humano, político, social o cultural.

Suárez³² sostiene que los derechos humanos darán legitimación a la política contemporánea, pero que la *“pertinencia del vocabulario de los derechos-humanos- esconde complejidades teóricas nada fáciles de ponderar en tanto éstos conceptos estarán siempre matizados por valores, sentimientos, principios morales o políticos etc. que darán sus propias luces a cada concepto”*³³.

La jurisprudencia nacional e internacional amplía el concepto de derecho fundamental asimilándolo a un derecho humano, dejando como especie el derecho fundamental y como género el derecho humano. En la práctica el concepto de derechos humanos no evoluciona de ésta manera. Esta evolución está más relacionada con el peso específico de la influencia cultural económica o política que se produce al ritmo de la intervención o interrelación de los pueblos dentro y fuera de sus fronteras,-lo cual pone en duda la famosa declaración “universal” de derechos humanos-, que con la adopción o positivización de las costumbres, ya sea a través del Juez o el legislador.

Este concepto, que introduce normas al sistema jurídico nacional que no han sido ratificadas por el congreso, exige del Juez un amplio bagaje cultural, intelectual y académico que solo puede ser conocido por un Juez “Hércules”³⁴.

Dado que al Juez corresponde decidir el caso con fuerza de cosa juzgada, es este funcionario quien en aplicación del ordenamiento jurídico acude al aforismo IURA NOVIT CURIA, para resolver en última instancia sobre los derechos subjetivos en

³² SUÁREZ M, José Olimpo. SYLLABUS SOBRE FILOSOFÍA POLÍTICA (Primera ed., Vol. 3). Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia.2003.

³³Ibidem.

³⁴Dworkin usa la conocida metáfora del juez Hércules, un juzgador ideal, inmensamente sabio, conocedor de todo el Derecho pasado y presente, de todas las fuentes, y capaz de rastrear toda esa información en un tiempo limitado. Con ese conocimiento, Hércules traerá a cada caso los antecedentes, los principios, y los argumentos legales más pertinentes, y los integrará dentro de un razonamiento coherente con la tradición de ese sistema jurídico. Hércules puede construir una teoría jurídica general que explique satisfactoriamente por qué un sistema jurídico es como es, hasta en sus últimos detalles, y qué tiene que decir ante cada nuevo litigio.

controversia, a partir de las fuentes formales que los consagran y las materiales en caso de que la legislación lo permita. 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."*

2.2. EL DERECHO PROCESAL Y EL CONCEPTO DEL INC.

Subsanar los fundamentos de derecho invocados por las partes en la presentación o contestación de la demanda o los descritos en los actos procesales en que existan partes o intervinientes, es quizás la aplicación más común del aforismo *iura novit curia* en Colombia por parte del Juez. Así lo ha entendido mayoritariamente la jurisprudencia, ya que la Constitución y la ley no lo han consagrado expresamente.

Existe otra posibilidad de ampliar el concepto del mismo, alejándolo del aspecto puramente procedimental o de su uso o función de presunción y elevándolo a principio constitucional, la cual se fundamenta en los artículos 4, 228 y 230 de la constitución política de 1991, que disponen:

ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales....

*ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

*ARTICULO 230. **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.

Estas disposiciones constitucionales parten del conocimiento que tiene el Juez del ordenamiento jurídico, para materializar o hacer cumplir los fines del Estado consagrados en el artículo 2º de la norma superior, actuación que encuentra pleno soporte constitucional en el artículo 228.

Sin embargo, esta afirmación que parece clara e indiscutible, presenta una serie de problemas asociados a cada una de las ramas del derecho como lo veremos posteriormente.

Si el Juez aplica el aforismo *Iura Novit Curia*, en la actuación procesal debe dirigir el proceso a permitir la posibilidad de controvertir su decisión, haciendo efectiva la igualdad de las partes en el proceso, tal y como lo consagra el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil que consagra:

ARTÍCULO 37. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del Juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía

procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquélla 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.

PARÁGRAFO. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

Para el cumplimiento de éstos deberes, la ley le otorga al Juez poderes de ordenación e instrucción, que permiten en el caso del derecho comercial o en los litigios que surjan de la violación o desconocimiento de los derechos subjetivos derivados de transacciones comerciales, disponer de los mismos aún dentro del proceso. Así lo consagra el art. 38 del C. de P. Civil:

ARTÍCULO 38. PODERES DE ORDENACIÓN E INSTRUCCIÓN. *El Juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción:*

1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza.

2. Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.

3. Los demás que se consagran en este Código.

Sin embargo, en forma oficiosa el Juez puede hacer uso de éstos poderes para adecuar la norma a los hechos, pero tiene en el principio de contradicción, el límite para que la decisión se ajuste al principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. El proceso debe ser garantista y nada más alejado de éste postulado, el hecho de que el Juez sorprenda a la contraparte o al imputado con una adecuación de una premisa mayor, diferente a la que ha sido objeto de debate o controversia durante el debate procesal. Así se garantiza la seguridad, la certeza y la justicia jurídica o justicia legal del sistema.

En éste panorama de normas y fuentes del derecho, deberes, facultades y poderes que debe conocer –*iura novit curia*-, se mueve el Juez que dirime los conflictos cuando los mismos se someten a la jurisdicción.

2.2.1. El principio dispositivo y el *iura novit curia*

En el derecho civil y comercial predomina el principio dispositivo; esto es, la limitación de la actividad del Juez y el desarrollo excesivo del derecho de disposición de las partes del material de hecho del proceso.

Las facultades materiales de dirección del proceso, es decir, las que atañen al objeto del proceso e influyen directamente en la eventual decisión de fondo son en la práctica monopolizadas por las partes. A ellas corresponde aportar al proceso los hechos en que fundamentan sus pretensiones y resistencias y las pruebas que permitan tener aquellos hechos por ciertos en la sentencia. El juez ni puede fundar su decisión en hechos no afirmados por las partes, ni ignorar los hechos admitidos por éstas. De hacerlo, se estaría inmiscuyendo en la delimitación del objeto del

proceso y del debate *thema decidendum*, adoptando una posición de parte que en el sistema procedimental dispositivo, no se compadece con su función ni con la esencia del modelo procesal.

Distinta de la anterior es la posición del juez frente a las normas jurídicas alegadas por las partes en su defensa. Y es que, en la medida en que la fundamentación jurídica nada añade a la delimitación del objeto procesal y dado que incumbe al juez el deber de conocer el Derecho *iura novit curia*, éste no está vinculado a las alegaciones jurídicas de las partes. La potestad del juez de fundar su decisión en normas distintas de las alegadas por las partes —condensada en el brocardo *iura novit curia*— está sujeta, sin embargo, a los límites que impone el principio dispositivo.

A diferencia de las materiales, las facultades de dirección formal del proceso no afectan al contenido de la sentencia sino al proceso en sí mismo. Más exactamente, las facultades procesales de dirección permiten, de una parte, controlar la regularidad formal o técnica del proceso (control de los presupuestos procesales) y de los actos procesales concretos; y, de otra parte, impulsar el procedimiento en sus distintas fases (impulso procesal).

Dentro del proceso civil y comercial y como contrapartida del principio inquisitivo, se aceptan sin cuestionar la mayoría de los principios de disponibilidad de la iniciativa, impulso y renuncia de los actos procesales por las partes en el juicio, que se contienen derechos, facultades, prerrogativas, es decir, la dinámica, destino e inercia del proceso depende de las partes, de su voluntad e iniciativa, lo que no obsta para que el legislador limite o amplíe no solo la actividad del sujeto activo de la acción -las partes -, como la del sujeto pasivo -la jurisdicción-.

Así lo sostiene Ferrer al señalar que “ *..en algunos procesos, aún en la jurisdicción civil, se limita la capacidad dispositiva de las partes en protección del interés*

público (por ejemplo, en procesos que afecten a menores o en procesos de incapacitación etc.)³⁵.

La preferencia por procedimientos soportados en el principio dispositivo de las partes en vez de sobre los poderes directivos del Juez “*está influenciada –de vez en cuando- por varios presupuestos culturales, como por ejemplo: la confianza en el “hazlo por ti mismo” individual más que en el Estado como fuente de protección de los derechos, la confianza en los abogados más bien que en los jueces, la presencia de concepciones diversas de la relación entre individuos privados y entre éstos y la autoridad pública...*”³⁶

Cuando nos referimos a interés público o autoridad pública, relacionamos nociones variables sujetas a condiciones sociales, políticas, o culturales que rigen un determinado país, entendidas como el conjunto de principios que se consideran esenciales para el bien común y como aquellas normas no derogables por la autonomía de la voluntad privada.

En estas normas se encuentra presente el principio de legalidad, que exige la existencia previa de una norma vigente que autorice al Juez a actuar de oficio en determinadas circunstancias. El principio de legalidad que nace en el siglo XVIII, permite que todas las actuaciones que emanan del poder público se encuentren en completa armonía con las reglas de derecho, función que debe estar sometida a una ley con el fin de crear seguridad jurídica en la sociedad, lo cual indudablemente viene siendo revaluado en nuestro Estado Social de Derecho.

2.2.2. Características del principio dispositivo

Por aplicación del principio dispositivo el Código de Procedimiento Civil en el artículo 174 dispone expresamente que “*Toda decisión judicial debe fundarse en*

³⁵ FERRER BELTRAN, Jordi. LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2007. Pág. 39.

³⁶ TARUFFO, Michele. SOBRE LAS FRONTERAS. Escritos sobre la Justicia Civil. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia. 2006. Pág. 31.

las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso ", pruebas que deben ser allegadas por las partes según el artículo 177 del C. de P Civil, entendiendo por partes al sujeto activo del derecho de acción, que comprende tanto el demandante como el demandado, puesto que el sujeto pasivo del derecho de acción es el llamado "Estado Jurisdicción", a quien le corresponde administrar justicia.

Ramirez³⁷, sintetiza así las características del principio dispositivo:

- Los procesos civiles deben iniciarse siempre a petición de parte (*nemo iudex sine actore*).
- El objeto del proceso lo determinan las partes (*quod non est in actis, non est in mundo*).
- El impulso del proceso corresponde en forma prioritaria a las partes.
- El derecho controvertido es de exclusivo resorte de las partes, por tanto éstas tienen plena disposición para negociarlo, desistirlo, allanarse a las peticiones, o esperar a que el Juez lo asigne conforme a las reglas de la ley (*res in iudiciom deductae*).
- La prueba es exclusiva de las partes, quienes se encargan de la aportación, contradicción y discusión de ellas.
- El Juez debe guardar absoluta congruencia en su decisión con los hechos alegados por las partes y las pruebas arrimadas al proceso por ellas, esto es con la pretensión jurídica (*ne eat iudex ultra-o extra-petita partium*).
- El Juez no tiene poderes de oficio.

³⁷ RAMIREZ, Diana. "LA PRUEBA DE OFICIO", Una perspectiva para el proceso dialógico civil, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.2009. Pág. 254.

En el sistema procesal colombiano se cumplen la mayoría de las características identificadas, lo cual no obsta para señalar que existe una simbiosis del principio dispositivo con elementos que han evolucionado del principio inquisitivo, como la posibilidad de decretar pruebas de oficio establecidas en los artículos 179 y 181 del C de P Civil que señalan:

ARTÍCULO 179. PRUEBA DE OFICIO Y A PETICIÓN DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o Juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

ARTÍCULO 180. DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS DE OFICIO. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el Juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso.

El actor mediante el derecho de acción inicia el proceso, el Juez es el director del mismo con ciertas facultades para decretar pruebas de oficio. Por tanto, el Juez debe conocer esas facultades y así cumplir con el aforismo *iura novit curia*, ya que el ordenamiento jurídico está conformado por una amplitud de preceptos que otorga facultades, deberes y obligaciones a su cargo en la aplicación o consecución de la justicia.

Esta es otra de las manifestaciones del aforismo *iura novit curia*, pues como lo sostiene Sentís Melendo *“unidos el conocimiento del Derecho, como deber del Juez y el conocimiento del hecho como posibilidad del Juez, han de contribuir a que nunca, o raras veces, la ley impida hacer justicia”*³⁸.

Ello tiene pleno sustento constitucional en el sistema jurídico colombiano, por cuanto la Constitución de 1991, incorpora el concepto de “justicia material”, con el cual se da prevalencia al derecho sustancial sobre el derecho procesal. O como lo sostiene Ramirez³⁹ citando a Taruffo⁴⁰ *“...una idea de justicia procesal contemporánea implica que “las decisiones judiciales tiendan lo más posible a ser sustancialmente justas, o sea, fundadas en una fijación verdadera de los hechos y en una interpretación válida de las normas que los regulan”*^{41”}

Comparte Sentís⁴² el aserto anterior al sostener que *“cuando el Juez investiga el hecho alegado, pero quizá no bien probado, contribuye a una mejor justicia; y no falta con esa iniciativa a ninguno de los principios que dominan el derecho procesal: no desconoce el principio dispositivo al investigar el hecho, dentro de los límites que la ley le señala; menos cabría suponer que infrinja aquel principio al tratar de conocer el derecho, el que para él constituye una verdadera obligación por razón de su cargo”*⁴³.

El principio dispositivo permite que las partes puedan someter todos los conflictos que puedan surgir de una relación civil o mercantil a mediación. Si pueden disponer de la voluntad, pueden disponer libremente de su objeto. Si entre las

³⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO, “IURA NOVIT CURIA”. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Europa América EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1957.

³⁹ RAMÍREZ C, Diana. A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL. OPINIÓN JURÍDICA, 12. Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2008. Pág. 183.

⁴⁰ RAMÍREZ C, Diana. A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL. OPINIÓN JURÍDICA, 12. Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2008. Pág. 183.

⁴¹ TARUFFO, Michele. LA JUSTICIA CIVIL: ¿OPCIÓN RESIDUAL O ALTERNATIVA POSIBLE? En CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid, España. 1996. Pág. 148

⁴² SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO, “IURA NOVIT CURIA”. OP. Pág 11.

⁴³ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO, “IURA NOVIT CURIA”. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Europa América EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1957, pág 11.

partes existe ya una cláusula por escrito de sometimiento a mediación se iniciará el procedimiento sin necesidad de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, todo ello aunque la disputa verse sobre la validez o existencia del contrato en el que esté inserta, si bien lo que se discute es la validez de la propia cláusula, las partes pueden alegar esta circunstancia para retirarse de la mediación.

Este principio ha sido adoptado para aquellos procesos en donde se considera que la cuestión debatida solo interesa a las partes y, por tanto es de índole privada como sucede con el derecho comercial, civil, entre otros. Pero no se aplican algunos de los presupuestos que lo caracterizan, particularmente lo relativo a la proposición de la prueba, por cuanto ese criterio ha cedido paso al de que la administración de justicia es de interés general y por ende, de carácter público, para la cual es necesario dotar al Juez de mayores poderes invistiéndolo de la facultad de ordenar las que considere útiles para aclarar hechos.

Es decir el principio dispositivo no autoriza al Juez a cambiar la pretensión en la cuestión de hecho lo cual impone una limitación razonable para la aplicación del aforismo IURA NOVIT CURIA en materia civil y comercial, pero no limita su facultad de investigar el hecho y conocer el derecho aplicable al caso.

Un ejemplo de lo anterior se presenta en una demanda en la que el litigante pidió la resolución de un contrato de opción de venta y no puede el Juez, a cuenta de que conoce el derecho, otorgar la resolución de un contrato de arrendamiento, aunque los hechos muestren que no se está ante el primer supuesto sino en el segundo. En ese caso, para respetar el principio dispositivo, el Juez tendría que inhibirse o rechazar la demanda.

Ahora bien, si en un proceso se presenta reconvención, por ejemplo, se demanda la resolución de un contrato de opción de venta y el demandado reconviene por cumplimiento de ese mismo contrato, diciendo que ya hubo venta, ante las dos

proposiciones de derecho el Juez escoge la que corresponde a los hechos establecidos y libremente apreciados. Allí se ve claro que el Juez conoce el derecho y lo aplica a los hechos en los límites de las pretensiones jurídicas que las partes colocaron en sus petitorios.

Si el Juez cambia la realidad fáctica, su decisión ya no obedece a la verdad material o procesal, sino a la construcción simulada o fingida de unos hechos, adulterados o falseados por su actividad.

El principio dispositivo está basado en un conjunto de aforismos, “o *ciertas reglas técnico-jurídicas que le son propias, como son*”⁴⁴: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame el hecho y te daré el derecho), *Nemo iudex sine actore* (no hay Juez sin actor), *ne procedat iudex ex officio* (no proceda el Juez de oficio), *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. (el Juez falla conforme a lo alegado y probado).

Estos aforismos establecen reglas o limitaciones para el juzgador y deben ser analizados uno a uno, para establecer su relación con el uso del aforismo *iura novit curia*.

2.2.3. Da mihi factum, dabo tibi ius -Dadme los hechos y te daré el derecho-

El Código de Procedimiento Civil, Decreto Ley 1400 de 1970, dispone en los artículos 75, 77, y 92 entre otros, los siguientes requisitos relacionados con los fundamentos de hecho y de derecho que se pretendan hacer valer en el proceso, ya sea en calidad de accionante o resistente:

ARTÍCULO 75. CONTENIDO DE LA DEMANDA. La demanda con que se promueva todo proceso deberá contener:...

⁴⁴ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio; TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 2008, pág. 176.

6. *Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*

7. *Los fundamentos de derecho que se invoquen.*

10. *La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer.*

ARTÍCULO 77. ANEXOS DE LA DEMANDA. *A la demanda debe acompañarse:*

6. *Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante.*

7. *Las demás pruebas que para el caso especial exija este Código.*

ARTÍCULO 92. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. *La contestación de la demanda contendrá: ...*

2. *Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones y los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten y los que se niegan. En caso de no constarle un hecho, el demandado deberá manifestarlo así.*

3. *Las excepciones que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, salvo las previas, y la alegación del derecho de retención si fuere el caso.*

4. *La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer....*

Estas disposiciones consagran el hecho de que indispensablemente al iniciar el proceso con un libelo y la contestación de la demanda, se debe aducir tanto el hecho como el derecho en que se basa la pretensión, o resistencia, es decir si bien existe el aforismo *iura novit curia*, que se acepta como presunción de que el juzgador conoce el derecho y como el deber de que el Juez resuelva una causa

utilizando el derecho, es decir de sujetarse a este, lo que implica conocerlo, la parte no puede omitir la relación de los hechos y los fundamentos de derecho.

Existen dos momentos en que el Juez conoce el derecho. Uno al inicio de la introducción de la causa invocando en la demanda o contestación los fundamentos de derecho y un segundo momento que se da en varias instancias procesales donde el Juez a través de inferencias, conoce y establece una regla de juicio aplicando los preceptos legales vigentes al caso concreto, ambas acciones están consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la falta de pruebas o la oposición o la tacha de falsedad sobre la prueba presentada o la denuncia del ocultamiento de la misma en la presentación o contestación de la demanda, o la falta de práctica de pruebas de oficio, o invocar de manera correcta el derecho violado, o aplicarlo aunque no se haya invocado, aunque es una cuestión formal, no es de menor importancia, pues en ella está comprometido el éxito de la pretensión del accionante, el derecho de defensa del accionado y la adecuada administración de justicia.

Para subsanar el requisito de invocar erradamente o deficientemente los fundamentos de derecho, la ley y la jurisprudencia acogen la utilización del principio de *iura novit curia*, mas no permiten subsanar la falta de pruebas, tacha de falsedad sobre la prueba presentada o la denuncia del ocultamiento de la misma. Lo anterior fue recogido por la reciente reforma al C.P.C. introducida por la ley 1395 de 2010 en el párrafo 2º del artículo 52, así:

ARTÍCULO 52. El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:

Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente

ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

...

*PARÁGRAFO 2o. En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. De fracasar la conciliación, **en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.***

Como vemos el juez tiene poder para modificar la calificación jurídica de la causa petendi que haga el demandante o demandado, mas no lo tiene para modificar la causa imputandi o las premisas fácticas y las pruebas presentadas.

2.2.4. Nemo iudex sine actore (no hay Juez sin actor), ne procedat iudex ex officio (no proceda el Juez de oficio).

El proceso solo se inicia si media la correspondiente petición del interesado por conducto del acto que en el civil y los que siguen sus orientaciones se les denomina demanda y en el penal acusación, responde al aforismo latino - *nemo iudex sine actore*- (no hay Juez sin actor) y -*ne procedat iudex ex officio* -(el Juez no puede proceder o actuar de oficio).

Si bien el Código de Procedimiento Civil concede a los órganos judiciales numerosas atribuciones con el fin de que dirijan el proceso asegurando una más rápida y mejor justicia en razón a que “*el Juez tiene la obligación de pronunciar una sentencia conforme a derecho, aunque sea un derecho no debatido por las*

*partes*⁴⁵, en cumplimiento del aforismo *iura novit curia*, ello modera pero no suprime el principio dispositivo, por lo cual tiene vigencia la aseveración en el sentido de que en el proceso civil y en éste caso el comercial, las partes no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso. Corresponde así a los propios sujetos de derecho, la tutela de sus derechos y en caso de sufrir lesión, deben acudir ante las instancias pactadas o a las judiciales para iniciar el respectivo proceso, es decir la jurisdicción no actúa motu proprio, requiere de la iniciativa del titular del derecho que se sienta lesionado para impulsar el aparato jurisdiccional.

Esta quizás, es la manifestación más clara del aforismo utilizado como aplicación del principio dispositivo “*Nemo Iudex Sine Actore, Ne Procedat Ex Officio*”, lo cual significa que no hay Juez sin actor y que el Juez no puede decidir si la pretensión no esta propuesta en la demanda.

Este aforismo identificado con la regla o máxima de la impulsión procesal, impide que el Juez, subrogándose en el interés de las partes, promueva so pretexto de dar cumplimiento a la ley, el inicio del proceso en materia civil o comercial.

Quintero⁴⁶ es más contundente en la afirmación y señala que en el proceso civil “*la iniciativa del proceso corresponde a las partes y no al Juez*⁴⁷”.

⁴⁵ RAMIREZ, Diana. “LA PRUEBA DE OFICIO”, Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 153.

⁴⁶ QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio; TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 2008.

⁴⁷Ibidem. pág. 342.

Así lo consagra el Código de Procedimiento Civil, Decreto Ley 1400 de 1970, el cual dispone en el artículo 2º lo siguiente:

ARTÍCULO 2o. INICIACIÓN E IMPULSO DE LOS PROCESOS. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.

Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya.

Se desprende del artículo citado que la relación jurídico procesal establecida por la norma adjetiva, le impone a la parte determinadas conductas o cargas (art 177 C.P.C) en el desarrollo del proceso cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas; así y por aplicación del principio dispositivo, la actividad de las partes resulta fundamental en materia probatoria porque es carga procesal de los litigantes incorporar al proceso, a través de los medios correspondientes y en tiempo oportuno, aquellos datos susceptibles de acreditar los hechos o alegaciones formuladas.

Consecuentemente si la parte que la ha ofrecido no cumple por error u omisión imputable a ella, la carga de impulsar su oportuna producción, se materializa para el actor lo que se denomina caducidad, perención o pérdida del derecho para pedir o practicar la prueba. Es una consecuencia negativa de su incumplimiento o desidia.

El principio dispositivo produce -entre otras varias consecuencias para el proceso- que la actividad probatoria en un proceso civil o comercial, sea una actividad de comprobación o confirmación de los hechos invocados por las partes en sus escritos de demanda y de contestación, y no una actividad de investigación de la conducta de la parte demandada como sucede en el derecho penal.

2.2.5. Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium. El Juez falla conforme a lo alegado y probado por las partes.

La regla técnica no se aplica literalmente y admite excepciones que introduce al proceso civil y comercial, el principio inquisitivo. Sin entrar en la discusión que sostiene Picó⁴⁸, sobre la errónea transcripción e interpretación del aforismo, la curia o tribunal, o el Juez como director del proceso puede de oficio ordenar la práctica de pruebas, si lo considera pertinente en materia probatoria, con el fin de llegar a la verdad del proceso para solucionar el problema intersubjetivo de intereses. Es decir el Juez no solo se atiene a lo alegado y probado por las partes, sino que practica pruebas de oficio, constituyendo esta potestad una excepción al principio dispositivo. Lo anterior no obsta para que Picó reconozca en la legislación y jurisprudencia española, la existencia de la norma que consagra el aforismo, razón por la cual “ *los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco la obligación, de ajustarse a los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las normas aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada*”⁴⁹.

2.2.6. El principio de congruencia y el INC

La elección del marco normativo que sirve de referencia al juez en su tarea se edifica desde los hechos descritos en la demanda, pero subsiste un dilema por cuanto al momento de proferir sentencia el juez debe elegir entre los hechos enunciados y los hechos probados. Aquí toma un lugar muy importante el tema de congruencia, según el cual los hechos que sirven de sustento a las pretensiones no pueden ser diferentes de los enunciados en la demanda y lo propio debería acontecer entre la sentencia y la resolución de acusación o requerimiento fiscal en el proceso penal.

⁴⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. EL JUEZ Y LA PRUEBA: UNA HISTORIA MAL CONTADA. En LA PRUEBA Y LA DECISIÓN JUDICIAL. Editorial Universidad de Medellín. Medellín, 2010. Pág. 32.

⁴⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. LA MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL: Reflexiones sobre la prohibición de "mutatio libelli". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2006. Pág. 68.

La adecuación o subsunción de los hechos en la norma jurídica que hace el demandante, resistente o el fiscal, puede reflejar la descripción jurídica del derecho sustancial consagrado en el ordenamiento y la vulneración del derecho subjetivo reclamado o resistido. Sin embargo, es posible que la misma sea errada, caso en el cual durante el proceso, la afirmación y subsunción de los hechos en la norma, debe ser confirmada por el juez y si encuentra que existe una calificación jurídica errada o premisa mayor sobre la cual se funda la demanda insuficiente, puede tomar dos caminos. Negar las pretensiones de la demanda o utilizar el aforismo estudiado para garantizar la justicia material, empleando el derecho aplicable al caso.

Sin embargo existen límites frente a la adecuación que pueda hacer el juez de la premisa mayor y entre ellos está el derecho de defensa, que hace parte del debido proceso consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 29, y el principio de congruencia.

El juez no puede condenar a lo no pedido por la parte o a más de lo pedido por ésta, con la excepción hecha del derecho laboral en el cual puede fallar *extra petita*, pero tampoco hacerlo con base en normas distintas de las aducidas si ello supone apartarse de las razones o supuestos de hecho en que la parte fundó su petición. En todos estos casos, incurriría en el vicio de incongruencia.

El requisito de congruencia de la sentencia, constituye una exigencia formal de toda decisión, el cual está contenido en los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, los cuales establecen que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas por las partes, en la oportunidad correspondiente, en consonancia o de conformidad con los hechos y las pretensiones aducidas.

ARTÍCULO 304. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

La redacción de toda sentencia deberá iniciarse en folio que no contenga actuación alguna, ni escrito en las partes, y de ella se dejará copia en el archivo de la secretaría.

ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

Es decir, el Juez debe atenerse a todo lo alegado y probado en el debate procesal, ya sea por las partes o por la actividad oficiosa del Juez. De allí que, dicho requisito es satisfecho cuando existe conformidad entre la sentencia, el asunto controvertido y los hechos alegados oportunamente por las partes, en caso contrario, el juzgador habrá incurrido en un error *in procedendo*, lo cual será causal de casación, el fondo de la decisión debe versar sobre aquellas cuestiones de hecho planteadas en el libelo y contestación o informes según corresponda, pues luego de esas actuaciones cesa o se extingue la posibilidad de introducir nuevos elementos fácticos al proceso.

De allí que, queda claro, esos límites a los cuales está atado el Juez se refieren a los hechos alegados por las partes oportunamente, más no así respecto a las cuestiones de derecho, toda vez que el Juez puede y debe, de oficio, emplear las normas jurídicas que resulten aplicables a los hechos alegados y probados, aún cuando no hayan sido invocados por las partes oportunamente *-iura novit curia-*.

Enderle⁵⁰ sostiene que el Juez, en caso de modificar o variar los hechos, *“...estaría violando principios procesales liminares y normas constitucionales, dado que no habría existido debate ni contradicción, y, por ende, abierta*

⁵⁰ ENDERLE, Guillermo Jorge. LA CONGRUENCIA PROCESAL. 1ª Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2007

indefensión”⁵¹, afirmación que es soportada por el artículo 29 de nuestra Constitución política

En efecto, la calificación jurídica realizada por el Juez respecto de las afirmaciones de los hechos en que fue sustentada la pretensión en la cual se encuentra la premisa mayor (jurídica) y la menor (fáctica), es un asunto de derecho que no es susceptible de ser atacado por el vicio de incongruencia, toda vez que, en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, el Juez debe aplicar el derecho a los hechos alegados y probados por las partes.

Expresado de otra manera, no existe incongruencia cuando el Juez presenta la cuestión de derecho en forma distinta a como ella fue presentada por las partes, cambiando las calificaciones que éstas hayan dado, o haciendo apreciaciones o esgrimiendo argumentos constitucionales o legales, que son producto de su manera de ver el problema sometido a su consideración.

En todo caso, es preciso aclarar que la calificación de los hechos realizados por el Juez no puede modificar el título de la pretensión. Precisamente, si el demandante alega unos hechos y los califica erróneamente, puede y debe el sentenciador, en virtud del referido principio *iura novit curia*, corregir la calificación dada por las partes. Esta afirmación dependiendo del derecho a tutelar, adquiere visos o matices diferentes según se trate de derechos fundamentales o derechos personales o reales.

Es decir el principio o aforismo puede ser aplicado en forma intensa o con mayor fuerza, si se trata de proteger derechos como la libertad, en cuyo caso debe ser aplicado atendiendo el principio de favorabilidad, o en forma moderada o atenuada si se trata de derechos que puedan ser dispuestos por las partes, en cuyo caso el Juez debe guardar el medio entre los dos extremos en disputa, actuar en forma

⁵¹. *Ibídem*. Pág.238.

imparcial, equilibrada, por cuanto resolver el litigio de los derechos en pugna requiere de objetividad y apego a la causa fáctica, so pena de incurrir en denegación de justicia, arbitrariedad o error, lo cual induce al sujeto procesal a impugnar la decisión injusta.

No obstante, si la parte sustenta su pretensión en una determinada causa de pedir, y alega unos hechos que de ser demostrados obligaría a la aplicación de las reglas que sustentan lo pedido, no puede el Juez, en ningún caso, modificar el título para acordar o negar la demanda, pues no sólo estaría aplicando el derecho, sino que estaría apartándose o desatendiendo los hechos alegados por la parte con fundamento de lo pedido.

El marco normativo sugerido por el litigante o el fiscal es apenas ilustrativo, pues, el juez siempre estará atado a la ley en forma obligatoria y no a los errores del litigante que haya invocado erradamente el referente normativo.

Los límites del aforismo *iura novit curia* o de que el Juez conoce el derecho, son prácticamente inexistentes en un Estado Social de Derecho cuando se trata de amparar derechos fundamentales. Pero, a pesar de lo que muchos piensan, sí existe límite en el proceso de tipo de dispositivo y es precisamente el alcance que le da la jurisprudencia.

No obstante algunos autores defienden la posibilidad de que el Juez rebase o exceda lo requerido en el objeto de la pretensión, siempre y cuando el demandado haya sido escuchado debidamente. Es decir cuando al demandado se le haya garantizado el derecho de defensa, no podrá endilgarse a la sentencia vicios de incongruencia o inconstitucionalidad, por cuanto “*se cerró la bilateralidad*”⁵².

⁵² ENDERLE, Guillermo Jorge. LA CONGRUENCIA PROCESAL. 1ª Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2007. Pág.320.

Esta es una de las causales de casación ante la Corte Suprema de Justicia Colombiana, contemplada en el código de procedimiento civil y que surge de la aplicación indebida del aforismo por parte de los tribunales.

2.2.7. La confirmación procesal y el inc

Confirmar es -según el diccionario esencial de la lengua española- *corroborar la verdad, certeza o grado de probabilidad de algo*⁵³. La teoría de la confirmación procesal, utiliza ésta acepción como sinónimo de probar para *“justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos”*.⁵⁴

Por ello, la actividad probatoria o confirmatoria está dirigida en el derecho procesal contemporáneo a probar o averiguar la verdad de algo, alcanzando con ello la justicia material que persigue el aforismo *iura novit curia* y para lograrlo acude a un *“conjunto de declaraciones legalmente reguladas, tanto de voluntad como de ciencia o intelectuales, por las que se introducen y valoran, en el proceso, elementos capaces de producir algún conocimiento acerca del tema propuesto como prueba”*.⁵⁵

Obsérvese que en los litigios, la realidad fáctica no solo comprende los hechos de la naturaleza o las manifestaciones de voluntad de las partes, sino también que puede ser objeto de debate la existencia de una norma jurídica de carácter nacional o internacional o de un uso o costumbre que rija las transacciones comerciales, lo cual exige del juez iniciar una actividad probatoria para confirmar o rechazar la existencia de la misma a través del conocimiento que adquiera del derecho alegado por las partes. En éste caso el conocimiento del derecho *iura novit curia*, no es producto de la formación intelectual o de la experiencia del Juez, sino del debate probatorio.

⁵³ Real Academia Española. (2006). Diccionario esencial de la lengua española. Madrid: Espasa.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ CLARIA OLMEDO, Jorge. DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Depalma, Buenos. Aires. 1982, Tomo II, pag.163.

La actividad de las partes antes y durante el proceso, en la concepción tradicional del derecho procesal, se manifestaba en una serie de acciones tendientes a la búsqueda de la “verdad”.

Alcanzar esa verdad es una utopía. La verdad es un valor relativo, más propio de la metafísica o estudio del ser y sus propiedades, que de un proceso jurisdiccional.

Por ello, intentar encontrar nuestra idea de verdad en el proceso jurisdiccional o intentar alcanzarla mediante el proceso resulta lógica, material y prácticamente imposible.

En tal sentido, Ramírez⁵⁶ dice que: *“De hecho, los razonamientos del legislador primario y del legislador secundario, cuando elaboran la constitución y la ley, no se concentran en crear una función jurisdiccional que busque inefablemente la verdad, o la justicia como valores, siempre los acuerdos democráticos promueven sistemas -procesales- y funciones -jurisdiccionales-, arbitrales, o de mediación (sic)- para solucionar con eficacia la multiplicidad de conflictos sociales que se presentan en la sociedad, lo cual contribuye a la paz y la convivencia, que son los valores de la sociedad moderna”*.⁵⁷

Igual complejidad sobre la búsqueda de la verdad procesal, ya sea formal o material, encuentran las investigadoras Alba Luz Muñoz Restrepo y Mónica María Bustamante Rúa en el avance de investigación sobre la aplicación práctica de la teoría de la probabilidad en el sistema de valoración probatorio – reglas de la sana crítica. Al respecto manifiestan: *“Por ello se ha realizado un estudio del concepto de verdad y en ese sentido la finalidad de la prueba, encontrándose la imposibilidad real del Juez o de cualquier persona de descubrir la verdad absoluta. En este estudio como es normal, nos encontramos con la distinción tradicional*

⁵⁶ RAMÍREZ, Diana. “IMPLICACIONES EPISTEMOLÓGICAS DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL”, en CONTROVERSIA PROCESAL. Editorial Jurídica Sánchez. Medellín, Colombia 2006.

⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 109.

*entre verdad material y verdad formal, diferenciación que a partir del siglo XX ha sido abandonada por distintos autores, aunque existan en la actualidad algunas referencias doctrinales y jurisprudenciales*⁵⁸.

El derecho procesal contemporáneo desplaza o reemplaza la concepción individualista del estado liberal de derecho que utiliza la noción de verdad y justicia como valor supremo de la justicia retributiva, por la de justicia total o *“una justicia abierta para las situaciones de necesidad, bien sea preventiva o resarcitoria”*⁵⁹, que tiendan lo más posible según Taruffo⁶⁰ a ser *“sustancialmente justas”*, acercando las nociones de los valores de justicia y verdad, a los de paz y la convivencia como el nuevo valor supremo de la sociedad, mediante la aplicación de la llamada justicia distributiva o social, para cuyos fines es fundamental que el Juez conozca y aplique el derecho *iura novit curia*, independientemente de si ha sido correctamente citado por las partes. Debe sí, en aplicación del principio constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, garantizar el derecho de defensa permitiendo que, en caso de cambiar la calificación jurídica de la demanda o la contestación de la demanda, la contraparte pueda contradecirla, para evitar que la acción del Juez en búsqueda de la justicia material, rompa con el equilibrio de las cargas procesales impuestas por la norma adjetiva.

Lo anterior por cuanto *“todo proceso y toda sentencia deben satisfacer tanto el derecho de acción como el de contradicción”*⁶¹.

De modo tal que en el proceso no solo debemos contentarnos con realizar una afirmación, que al ser negada, se transforma en una simple proposición, entendida

⁵⁸ MUÑOZ Restrepo Alba Luz: BUSTAMANTE Rúa, Mónica María. Avance de investigación sobre la APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA PROBABILIDAD EN EL SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIO – REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. Universidad de Medellín.

⁵⁹ RAMÍREZ, Diana. “A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL”, en OPINIÓN JURÍDICA V6 No 12, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2007. Pág. 183

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ QUINTERO, Beatriz, PRIETO Eugenio. OP cit., pág. 330

ésta, como una enunciación de una verdad que se trata de demostrar y que necesariamente debe ser confirmada por el Juez. Por el contrario, se busca una mayor participación del togado y de las partes en el proceso, mediante la aplicación de las fuentes integradoras del derecho sustancial o bloque de constitucionalidad, los principios generales del derecho y el aforismo o brocardo, para hacer prevalecer la justicia material sobre la formal.

La actividad probatoria, estará por tanto orientada a entregar elementos de conocimiento para que el Juez, mediante una serie de razonamientos legales y fácticos, acepte una de las hipótesis propuestas por quien pretende o resiste, o adopte una tercera. La pretensión, por tanto, como institución procesal que está estructurada por un elemento subjetivo que incumbe a las partes, un elemento causal que exige *probar el supuesto de hecho de las normas* y una elaboración del objeto *que consagra o revela el efecto jurídico* que se persigue con la pretensión⁶², sirve a la materialización del derecho sustancial.

Sostiene Adolfo Alvarado Velloso que: *“en el Derecho el vocablo “prueba” ostenta un obvio carácter multívoco, situación que genera una excesiva pretensión que desde antaño se ha dado en el derecho a dicha palabra, ya que probar significa demostrar la verdad de una proposición referida a un hecho, debiéndose advertir que nunca o casi nunca un medio de “prueba” (declaraciones testimoniales, documentos, etc.) nos podrá conducir de manera absoluta a probar la verdad real de un hecho”*.⁶³ De los medios de prueba solo se podrá sacar una conclusión con cierto grado de probabilidad de certeza. Esto conduce a que el término “prueba” sea remplazado en el derecho procesal contemporáneo por el vocablo “confirmación” (significa reafirmar su probabilidad); en rigor una afirmación negada

⁶² RAMÍREZ, Diana. LA PRUEBA DE OFICIO, Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 274.

⁶³ ALVARADO Velloso, Adolfo “LA PRUEBA JUDICIAL (REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL)” Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 2.006. Pág. 18.

se “confirma” con diversos medios que pueden generar conocimiento, convicción o certeza a un juzgador en tanto que no la generan en otro.

Es indudable, que la causa del proceso judicial, es la coexistencia en el plano de la realidad de una pretensión y una resistencia, dando lugar a un conflicto que se presenta en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses, donde una parte pretende y otra resiste, sin requerir aun la intervención de la autoridad. A renglón seguido se produce el llamado litigio, es decir la afirmación en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en la realidad social, aun cuando de hecho el conflicto intersubjetivo puede no existir, como en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y por último se presenta la controversia que puede darse dentro del litigio cuando la pretensión procesal es efectivamente resistida, esto es, la efectiva discusión operada en el proceso respecto del conflicto que lo origina, por el pretendido o reo mediante la defensa material o técnica.

La llamada prueba judicial *“constituye la confirmación de las afirmaciones de una parte, negadas por la contraria (reafirmar una posibilidad) con diversos medios para generar convicción en un juzgador”*⁶⁴, y en algunas veces la prueba es la norma o costumbre que ampara el derecho sustancial violado.

Por lo anterior, algunos autores sostienen que en el proceso no se investiga, se confirma o verifica. Tampoco podemos olvidar que el Juez en el actual diseño del derecho procesal no investiga, se limita a valorar los medios aportados por las partes, según las reglas de la sana crítica, a fin de lograr su convicción y la de las partes sobre el sentido del fallo.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al haber desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico- penal el sistema de la tarifa legal,

⁶⁴ *Ibidem.* pág. 13

*“son las reglas de la sana crítica las únicas limitantes que atan al fallador en relación con la facultad discrecional que le asiste para estimar las pruebas -la ponderación, los conocimientos, la experiencia, la lógica y el sentido común, son los parámetros que la ley le impone al Juez en la tarea de valoración que le compete-“.*⁶⁵

También señala la corte que *“en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal Laboral, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibídem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad al sustantiam actus, pues en tal caso “no se podrá admitir su prueba por otro medio”, tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas”.*⁶⁶

Para ello utiliza el sistema de la libre persuasión racional, haciendo un juicio de relevancia, en el que examina las pruebas dentro del contexto general del proceso, para descubrir en ellas su propia racionalidad, haciendo las conjeturas o inferencias que permitan resolver el conflicto con un alto grado de certeza, dando una aplicación razonada al ordenamiento jurídico que debe conocer o aplicar el Juez.

Por tanto, la actividad probatoria tiene como finalidad aportar elementos de conocimiento inferencial y se despliega en base a determinados principios y reglas técnicas, elaboradas desde una teoría general, con proyecciones en el proceso judicial, distinguiéndose el debido proceso, la igualdad de partes, el necesario contradictorio o bilateralidad, moralidad o buena fe, libertad de objeto y medios,

⁶⁵. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso No 19719. Magistrado Ponente: DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU. Bogotá D.C., once de marzo de dos mil tres(2003).

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Proceso No.34418 Magistrada ponente: ISAURA VARGAS DIAZ. Bogotá, D.C., cinco (05) de mayo de dos mil nueve (2009).

publicidad de los actos, comunidad de prueba, unidad de prueba, preclusión, *iura novit curia*, entre otros.

Es decir, que el derecho no se aplica a través de parámetros precisos, sino de inferencias -razonamientos indirectos- que hace el Juez al calificar los hechos dándoles valor (juicio material) y que deben ser respetuosos de las normas y los principios generales del derecho que debe conocer el operador jurídico -*iura novit curia*-, haciendo un juicio de relevancia o valoración de la prueba, lo que le permite reformular los hechos en forma fáctica o legal estableciendo una conexión entre los medios de prueba y los hechos, para tomar una decisión. Lo anterior exige un trabajo mental, intelectual y razonado, que no está exento de subjetividad. En ésta actividad el principio del debido proceso se convierte en un muro o dique de contención y “*alcanza un nivel de garantía cuando se constituye como derecho fundamental*”⁶⁷, legitimando la razón de Estado o estructura del Estado.

Conforme lo expuesto, puede advertirse que todo lo atinente al estudio, sistematización y regulación legal del instituto de la confirmación procesal, se encuentra ceñido a la actividad desarrollada netamente en el ámbito del proceso judicial, el cual se entiende como un conjunto de instrumentos para darle una aplicación racional al ordenamiento jurídico que debe ser conocido por el juez para la correcta administración de justicia.

Sin embargo, esa confirmación, que se pretende obtener mediante los distintos medios de prueba, gira en torno de la actividad de afirmación-resistencia, cuando los sujetos ya asumieron la actitud de partes, se ejercitó la instancia necesariamente bilateral, la jurisdicción la proyectó en la contraria y esta la resistió.

⁶⁷ RAMÍREZ, Diana. “A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL”, en OPINIÓN JURÍDICA V6 No 12, Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2007. Pág. 174.

Cosa distinta sucede en el plano de la realidad o por fuera del proceso. Allí las partes investigan como sucedieron los hechos, verifican los dichos de terceros, constatan la existencia de documentos, los cotejan, efectúan todas las medidas necesarias para el aseguramiento de los elementos que consideren indispensables para la conformación del proceso judicial. Es decir en esta etapa se pretende que el conflicto intersubjetivo en base al cual se pretende, sea confirmado en el litigio.

Esta actividad investigativa, que debe ser realizada por el actor o el profesional del derecho, permite aplicar los conocimientos sobre confirmación procesal para distinguir los datos útiles de los que no lo son, los que serán pertinentes o conducentes. Aquí el abogado averigua, busca, investiga los hechos para luego mostrárselos al Juez; pero antes los valora a fin de determinar su entidad y efectuar la calificación de la pretensión con base en una premisa mayor, la norma, que también debe conocer, para que luego sea confirmada o rechazada por el Juez.

Al respecto Gozaíni señala: *“La reunión de material probatorio tendiente a ser utilizado en un proceso judicial que no tiene inicio, conforma lo que técnicamente se denomina prueba preconstituida. Es decir, preparada con anterioridad al litigio pero para ser aplicada en él. Por ejemplo, los documentos, las investigaciones encargadas, las grabaciones y fotografías, y aun, el testimonio de terceros especialmente constituidos al efecto... La importancia de esta formación de elementos para forjar el convencimiento del Juez no relega otro aspecto tan esencial como éste. Se trata de ver qué rol puede ocupar esta prueba preconstituida como situaciones a considerar en los medios alternativos de resolución de conflictos... La tesis que propiciamos consiste en utilizar la prueba como mecanismo suasorio de las partes, que debe ventilarse en una etapa*

anterior al proceso, y en el marco de una negociación profesional que profundice los acercamientos más que las diferencias de intereses”⁶⁸.

La investigación previa de estos elementos por parte del fiscal, los apoderados o las partes, permite determinar la conveniencia de acudir a la jurisdicción en aquellos procesos en los cuales se puede disponer del derecho, o emplear facultades de policía judicial, a fin que estos datos puedan ser obtenidos “anticipadamente”, cuando sean de imposible práctica en el futuro, o que exista peligro de ser destruidos o bien desaparecer una vez iniciado el proceso.

En el plano de la realidad, el fiscal, los apoderados, las partes y sus auxiliares investigan, en el proceso el fiscal, el Juez, las partes y sus auxiliares confirman. Esta actividad debe ser ejecutada conforme a un procedimiento legalmente reglado conocido por los sujetos procesales y por el juez.

La inclusión de la prueba colectada antes del proceso, puede solucionar algunos problemas en el sistema de procesamiento civil, laboral o administrativo dando una nueva dimensión a otras formas de solución del conflicto como la heterocomposición privada o autocomposición y valora la actuación profesional del abogado en el conflicto y en el litigio.

Es por ello que un importante sector de la doctrina, sostiene que la aplicación de la teoría de la confirmación procesal no resulta de aplicación al proceso penal, por cuanto en él no cabe hablar de cargas probatorias u oportunidades para fundamentar la pretensión, sino de deberes funcionales del Fiscal, quién no tiene un interés personal o antagonismo con el imputado, y por ende, el titular de la acción penal nunca resulta vencido cuando no prueba o confirma la imputación, pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito.

⁶⁸ Gozaíni, Osvaldo “La prueba extraprocesal (Sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)” Editorial LA LEY. Buenos Aires. 1995

Ahora bien, al formular la pretensión, entendida como *“la institución que permite concretar el derecho sustancial”*⁶⁹, el profesional del derecho puede cometer errores de forma que, en caso de no contar con otros instrumentos procesales, pueden dar lugar al rechazo de la demanda o a la negación de justicia.

Por ello, aunque al Juez le está vetado suplantar la parte incompetente, decretar pruebas que ésta deje de pedir, corregir la demanda o reconocer un derecho no debatido por las partes, en su auxilio llega el Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991 y el aforismo *iura novit curia*, para superar el procedimentalismo y en su lugar insertar el principio del debido proceso como un derecho fundamental y como garantía, dando al derecho procesal una nueva dimensión que permite proscribir los múltiples procedimientos, para *“evitar arbitrariedades que superen o contradigan la norma constitucional, como máximo precepto de validez normativa, ante la sociedad”*.⁷⁰

Esta escuela llamada del “garantismo” ha propiciado la adopción de figuras como el principio o aforismo de *iura novit curia* que obliga al Juez a *“pronunciar una sentencia conforme a derecho, aunque sea un derecho no debatido por las partes”*.⁷¹

La teoría de la confirmación, debe ser estudiada y hacer seguimiento de las figuras que la componen y aquellas otras que se asoman en su auxilio, como el *iura novit curia* para lograr la concreción de la justicia material establecida en la

⁶⁹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2000. Pág 45.

⁷⁰ RAMÍREZ, Diana. “HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA COLOMBIA”, en NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LEGAL, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005. Pág 90.

⁷¹ RAMÍREZ, Diana. “LA PRUEBA DE OFICIO”, Una perspectiva para el proceso dialógico civil, Medellín, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. Pág 153.

constitución y en especial el respeto del debido proceso “como máxima garantía de objetividad en la resolución de los conflictos constitucionales y legales”.⁷²

2.3. EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA (INC) EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EXTRANJERA

2.3.1. Colombia

En Colombia, Villamil⁷³ sostiene que el aforismo o principio *iura novit curia* proviene de la expresión de un juez que, cansado de la exuberancia de planteamientos en derecho, expresa al litigante, “*venite ad factum, iura novit curia*”, queriendo decir que las partes deben suministrar y probar los hechos y el juez asumir el compromiso de conocer el derecho aplicable. El dicho viene acompañado de otra frase frecuentemente utilizada: “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, lo cual traduce dadme los hechos que yo te daré el derecho.

Desde 1978, Devis Echandía⁷⁴, maestro del derecho procesal colombiano, hace una pequeña referencia al aforismo para indicar que en el caso de la prueba de las normas legales o consuetudinarias extranjeras, “*el Juez debe tener la libertad investigativa de la norma de derecho extranjera fuera del proceso y sin necesidad de llevar a éste su prueba cuando necesite aplicarla, porque ella forma parte de la solución del derecho que es su deber declarar: Iura Novit Curia*”⁷⁵. Es decir, otorga

⁷² RAMÍREZ, Diana. “HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA COLOMBIA”, en NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LEGAL, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2005. Pág 91.

⁷³http://www.google.com.co/#sclient=psyb&hl=es&site=&source=hp&q=VILLAMIL+PORTILLA%2C+Edgardo.+ESTRUCTURA+Y+REDACCI%C3%93N+DE+LA+SENTENCIA+JUDICIAL.+Escuela+Judicial+%E2%80%9CRodrigo+Lara+Bonilla%E2%80%9D.+Bogot%C3%A1%2C+Colombia.+2004.&pbx=1&oq=VILLAMIL+PORTILLA%2C+Edgardo.+ESTRUCTURA+Y+REDACCI%C3%93N+DE+LA+SENTENCIA+JUDICIAL.+Escuela+Judicial+%E2%80%9CRodrigo+Lara+Bonilla%E2%80%9D.+Bogot%C3%A1%2C+Colombia.+2004.&aq=f&aql=&aql=&gs_sm=s&gs_upl=27151271510113230110101010101010&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=19722f1d3ef97157&biw=1366&bih=587

⁷⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Tomo II. Pruebas Judiciales. Sexta Edición. Editorial ABC. Bogotá, Colombia. 1979.

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Tomo II. Pruebas Judiciales. OP. Pág. 56.

como significado del aforismo, el deber de declarar el derecho que conoce en virtud de la investigación judicial. Este deber hace parte de los llamados por él, *“facultades-deberes o poderes-deberes, que complementan las deficiencias y las omisiones culposas o dolosas de los malos abogados, que generalmente representan a la parte más pobre”*⁷⁶.

Esas deficiencias se manifiestan con mayor énfasis en el proceso penal colombiano y ahora en el sistema acusatorio, por cuanto la defensa y más si ésta es de oficio, *“no cuenta con las mismas posibilidades que el ente acusador para la búsqueda, recolección, y aporte del elemento material probatorio”*⁷⁷, lo cual indudablemente acarrea una desigualdad frente a la aplicación de la norma, impidiendo la realización de la justicia material, exigiendo del Juez un mayor estudio, no solo del material probatorio insuficiente o inadecuado, sino también de la premisa mayor que debe conocer para aplicar la regla de juicio, con la que resuelve el caso concreto.

Azula⁷⁸, considera que el brocardo tiene una mayor trascendencia en el sistema normativo colombiano y le otorga la calidad de principio universal. Al Juez se le dan los hechos y él aplica el derecho *“... aun cuando no exista norma positiva que regule el caso, supuesto en el cual tiene que crearla, aunque su aplicación es limitada, por referirse solo a quienes son partes”*⁷⁹, concluye que la inobservancia del deber de aplicar el derecho entraña denegación de justicia, lo cual no solo es una falta disciplinaria, sino que puede ser tipificada penalmente. Lo anterior por cuanto para él existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, de que el Juez debe conocer la ley en sentido material, lo cual

⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Tomo III. El proceso Civil. Cuarta Edición. Editorial ABC. Bogotá, Colombia. 1978. Pág.2.

⁷⁷ SIERRA OSPINA, Graicy. ANÁLISIS DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN PROBATORIA EN DESARROLLO DEL SISTEMA CON TENDENCIA ACUSATORIA EN LA CIUDAD DE ARMENIA DURANTE EL 2005-2006. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2006.

⁷⁸ AZULA CAMACHO, Jaime. MANUAL DE DERECHO PROCESAL. Tomo VI, Pruebas Judiciales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2008.

⁷⁹ AZULA CAMACHO, Jaime. MANUAL DE DERECHO PROCESAL. Tomo VI, Pruebas Judiciales OP. Pág. 25

constituye el pilar del Estado de Derecho y si conoce la ley entendida como regla de conducta, con mayor razón debe conocer la ley en sentido formal, es decir aquella que expide el órgano competente.

Al analizar las posturas sobre la causa, fundamento o título de la pretensión procesal, Agudelo⁸⁰, identifica tres posiciones que involucran la *causa petendi* o razón de hecho invocada a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica y la *causa imputandi* o razón de derecho; en la primera el Juez debe fallar dentro de los límites impuestos por la tutela reclamada, mas no por los límites de los fundamentos fácticos, en la segunda se vincula la pretensión exclusivamente con el fundamento fáctico y en la tercera se requiere que haya un fundamento fáctico apoyado en uno jurídico. Dependiendo de la postura del Juez, -aunque el autor no lo acepta expresamente- se aplica el aforismo, porque según sus palabras “*el Juez no puede estar limitado en su acto de juzgar en la búsqueda de normas diferentes que le permitan justificar su acto de decisión, pudiendo optar entre varios fundamentos de derecho*”⁸¹, es decir, el Juez para resolver el caso no se debe limitar a la *causa imputandi* que hace el demandante, o a las excepciones que contraponen el demandado, debe optar por otros fundamentos de derecho que le permitan confirmar o negar la pretensión o la tutela solicitada con base en calificación jurídica diferente de la alegada por el actor, o absolver con fundamento en consideraciones jurídicas no aducidas por el demandado.

Para López⁸², no parece justo que la indebida apreciación jurídica del actor, la falta de experiencia del abogado, o cualquier otro motivo que limite las pretensiones, “*impida el logro completo del derecho que le asiste, ya que, de este modo, se echa*

⁸⁰ AGUDELO RAMIREZ, Martin. EL PROCESO JURISDICCIONAL. Librería Jurídica COMLIBROS. Medellín, Colombia. 2007.

⁸¹ AGUDELO RAMIREZ, Martin. EL PROCESO JURISDICCIONAL. OP. Pág. 218.

⁸² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Tomo I. Parte General. Séptima edición. DUPRE Editores. Bogotá, Colombia. 1997

al olvido la función restauradora del orden jurídico que le corresponde, como representante del estado, al Juez”⁸³.

Rueda⁸⁴, hace un resumen de los requerimientos del proyecto del nuevo Código General del Proceso, que se propone reformar el Código de Procedimiento Civil, y entre los puntos a incluir en la reforma señala la “*adaptación del principio iura novit curia*”⁸⁵, el cual define Cortés, citado por Rueda, “*como la posibilidad de que el juzgador arguya en la sentencia otros fundamentos jurídicos, siempre que no se altere la causa de pedir y no se produzca indefensión*”⁸⁶, es decir, el Juez puede modificar el fundamento jurídico de la causa, pero no la causa de pedir o hechos de la demanda, por cuanto los mismos no son objeto de debate dentro del proceso, lo cual violaría el derecho de defensa al no existir contradicción según el artículo 29 de nuestra Constitución política, o como lo sostiene Ramírez⁸⁷ en su estudio de la regla *iura novit curia*, “*no resulta admisible que el Juez aplique un conjunto de normas que no han sido discutidas por las partes, tomándolas por sorpresa y, de paso, desestimando sus análisis jurídicos, probatorios y fácticos. Ello constituiría una clara violación al derecho constitucional de contradicción*”⁸⁸.

En Colombia el aforismo, dicho, o brocardo, tiene poco desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, en relación con otros países. En efecto es en la legislación y en los tribunales o curias de España y Argentina y en los doctrinantes de ambos países, en los que se encuentra mayor cantidad de jurisprudencia y producción de artículos y textos académicos, con la excepción del texto del profesor colombiano

⁸³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Tomo I. Parte General. OP. Pág. 583.

⁸⁴ RUEDA FONSECA, María del Socorro. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL COLOMBIANO. Primera Edición. Universidad de los Andes, SEÑAL EDITORA. Medellín, Colombia. 2008.

⁸⁵ RUEDA FONSECA, María del Socorro. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL COLOMBIANO. OP. Pág. 151.

⁸⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. DERECHO PROCESAL CIVIL. PARTE GENERAL. Editorial Colex, Quinta Edición, Madrid, España. 203. Pág. 240.

⁸⁷ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. LA PRUEBA DE OFICIO. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2008.

⁸⁸ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. LA PRUEBA DE OFICIO. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. OP. Pág. 157.

Gustavo Penagos⁸⁹ que estudia el aforismo, pero aplicado exclusivamente al derecho administrativo.

2.3.2. Europa

El primero y quizás por su extensión y profundidad el más importante texto sobre el tema, es *“El Juez y el Derecho, Iura Novit Curia”*⁹⁰, escrito en 1957 por Santiago Sentís Melendo, Magistrado español, citado en diferentes estudios sobre la figura propuesta. Los textos más recientes dedicados con exclusividad al tema, son también de tratadistas españoles *“Iura Novit Curia y aplicación Judicial del derecho”*⁹¹ de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, escrito en el año 2000 y *“Iura Novit Curia, la vinculación del Juez a la calificación jurídica de la demanda”*⁹², escrito en 2007, cuyo autor es Guillermo Ormazabal Sánchez, texto que se conoce en Colombia y se puede adquirir fácilmente en librerías. Sin embargo, los otros ejemplares no están al alcance de los estudiosos en el país, razón por la cual es necesario adquirirlos en el exterior.

De estos textos se nutre la mayoría de los estudiosos del aforismo, lo cual representa una gran limitante para el investigador. Sin embargo, los textos existentes y las referencias o reseñas que se hacen del aforismo en otros textos de derecho procesal, la jurisprudencia y los que existen en la Web, ayudan a construir un marco teórico, que nos permite acercarnos a su significado y a la aplicación, que del mismo deba hacer el Juez o tribunal en Colombia y en nuestro caso, la Corte Suprema de Justicia en materia comercial.

⁸⁹ PENAGOS, Gustavo. EL DAÑO ANTIJURÍDICO. Aplicación del principio Iura Novit Curia. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. 1997.

⁹⁰ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO. Iura Novit Curia. Editorial EJE. Buenos Aires, Argentina. 1957.

⁹¹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Editorial LEX NOVA. Valladolid, España. 2000.

⁹² ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2007.

Sin entrar en discusiones sobre el origen o significado gramatical, geográfico o temporal, se acoge que su origen según Sentís⁹³, se remonta a la Edad Media y a los países que adoptaron el civil law. Relata que en Francia, en el siglo XIII, se sostenía que el derecho y la costumbre debían ser conocidas por el Juez. El aforismo en su nacimiento y en su auténtico sentido jurídico, ha contemplado el derecho objetivo; pero en su frecuente aplicación, ha comprendido tanto la norma jurídica como los derechos subjetivos.

Esta posición contrasta con la de otros autores que sostienen que el principio o aforismo tiene como antecedente remoto el derecho romano. En efecto, Robles⁹⁴, soportado en texto de Papiniano, quien expresa que “*Es derecho pretorio el que por utilidad pública introdujeron los pretores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil*”, sostiene que al haber pertenecido la autoridad judicial en Roma primero a los emperadores, luego a los cónsules, y por último al pretor romano,- que se asimilaba a un magistrado que emitía edictos o disposiciones que debían ser observadas o acogidas por los ciudadanos romanos con el objeto de aplicar, completar o corregir el derecho-, éste debía conocer las normas o las costumbres que originaban los conflictos sometidos a su resolución.

Siendo una de las finalidades del Derecho pretorio el corregir el derecho, *el derecho romano suponía que los magistrados (entiéndase pretor) conocían el derecho de su región y tal vez extendiéndonos en la especulación, podríamos decir que también conocía la costumbre y la tradición lo que permitía modificar y corregir ese derecho*⁹⁵.

Ezquiaga⁹⁶, en su texto sobre la aplicación judicial del *iura novit curia*, sostiene que el aforismo es elaborado por la ciencia jurídica y con un origen puramente dogmático que tiene dos funciones o usos. El primero es que dicho aforismo

⁹³ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO. Iura Novit Curia. OP.

⁹⁴ <http://wilfredoroblesderecho.blogspot.com/2009/01/el-principio-iura-novit-curia-art-vii.html>skip to main | skip to sidebar.

⁹⁵ <http://wilfredoroblesderecho.blogspot.com/2009/01/el-principio-iura-novit-curia-art-vii.html>skip to main | skip to sidebar

⁹⁶ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.OP:

funciona como presunción de que el Juez conoce el derecho y el segundo, que es su deber conocerlo, lo cual expresa ya no una presunción que puede admitir prueba en contrario, sino que adquiere la categoría de principio normativo para imponer al Juez el deber de aplicar el derecho conocido a la solución del conflicto planteado.

También Ormazabal⁹⁷, indaga sobre su origen y significado, pero hace referencia al derecho alemán y tratadistas alemanes como los compendios más completos y renombrados en la materia, concretamente al de Detlef Liebs, el cual explica el significado de la máxima de la siguiente manera: *“el Derecho es conocido para el tribunal. A diferencia de lo que sucede con los aspectos fácticos del caso litigioso, las partes no necesitan aportar al tribunal las reglas jurídicas de aplicación, sino que pueden confiar en que éste las conoce y que las aplicará de propia iniciativa”*⁹⁸

Concluye en su estudio de derecho comparado alemán, austriaco, francés, italiano, portugués, anglosajón y español, que el aforismo medieval, surge cuando se confrontan las normas del derecho común o *ius commune* y las normas y costumbres locales o *ius municipale*. Las primeras no requerían que fueran probadas o alegadas por las partes, pues el tribunal del país o región las debía conocer; mientras que las segundas, se le debía probar al juez o tribunal, su existencia y vigencia.

Armenta⁹⁹, quien hace el prólogo del texto de Ormazabal, cita el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española LEC, el cual consagra la siguiente regla sobre el *Iura novit curia*: *“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque*

⁹⁷ ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. OP.

⁹⁸ Ibidem. Págs. 21 y 22.

⁹⁹ ARMENTA DEU, Teresa. LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tercera edición. Marcial Pons editores. Madrid España. 2007.

no hayan sido citadas o alegadas por los litigantes”¹⁰⁰. Afirma que el artículo, al involucrar no solo al demandante, sino al demandado que se resiste, ambas partes del proceso, persigue que no se sorprenda a alguno de ellos con argumentos jurídicos no debatidos y que el tribunal acoge.

Por ello, siguiendo a De la Oliva¹⁰¹, fija como prohibiciones en la aplicación del aforismo, las siguientes¹⁰²:

- Que se sustituya la norma o normas en que se basa explícita o implícitamente la pretensión.
- Sustituir los principios alegados por otros u otras normas jurídicas, cuya aplicación no haya sido solicitada.
- Que se sustituya el negocio jurídico o situación jurídica efectivamente esgrimida por otra diferente, tampoco aducida por la parte.

Con ello, la aplicación del aforismo tendría dos exigencias, la primera que no se tiene que probar el derecho, excepto el derecho extranjero o la costumbre, lo cual guarda consonancia con nuestro código de comercio y la segunda, que el Juez o tribunal puede y debe aplicar el derecho sin modificar la causa de pedir.

En Alemania el aforismo tiene un tratamiento expreso en el apartado 2º del §139 ZPO (Zivilprozessordnung) modificado en 2001 (Zivilprozessreformgesetz)¹⁰³, y figura entre las facultades que asisten al juzgador denominadas «*dirección material del proceso*» (*materielle Prozessleitung*)¹⁰⁴ y contempla entre otras las siguientes:

¹⁰⁰ Ibidem. Pág. 218.

¹⁰¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “SOBRE LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CIVIL, en AA.VV., DERECHO Y PROCESO. Estudios Jurídicos en honor del profesor A. Martínez Bernal, Universidad de Murcia, Murcia, España. 1980.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf

¹⁰⁴ ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2007. Págs. 22-30.

- En la medida que resulte necesario, el Juez ha de tratar con las partes el asunto litigioso, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el fáctico, procurando que las partes se expliquen íntegramente sobre todos los hechos relevantes y, solicitar que completen datos insuficientes sobre las pretensiones, que propongan medios de prueba y soliciten peticiones oportunas.
- Tampoco puede dictar sentencia con fundamento en una calificación jurídica ignorada por una parte sin antes advertir a la otra, sobre su consideración y ofrecerle la oportunidad de realizar las alegaciones que crea convenientes. De igual forma deberá poner en conocimiento de las partes aquellos puntos de vista que no hayan sido invocados por ambas partes y que en su criterio sean jurídicamente relevantes, asimismo, debe indicar a las partes las objeciones relacionadas con cuestiones que han de ser apreciadas de oficio.
- Dichas advertencias o indicaciones deben realizarse oportunamente y hacerse constar en el acta del juicio.
- El Juez o tribunal deberá conceder un plazo para presentar las alegaciones del caso, cuando una parte no esté en condiciones de manifestarse sobre las nuevas consideraciones o advertencias que hace.

En conclusión el juez en cualquier momento del proceso, ya sea en la vista oral, en la audiencia inicial, en la del juicio o aún en los recursos, puede indicar a las partes la existencia de nuevos argumentos jurídicos en que podría fundarse la sentencia, pero debe advertirlo a las partes para que ejerzan su derecho a contradecir los nuevos fundamentos introducidos por el representante del Estado Jurisdicción, pero antes de dictar sentencia, deberá decretar la reapertura y nueva convocatoria de la vista oral del juicio, según el §156 del ZPO. Similar tratamiento

introduce la reforma del proceso civil austriaco de 2002 en el §182 de la ZPO austriaca.

En Francia, el art. 12 del Nouveau Code de Procédure Civile¹⁰⁵ establece que el juez resolverá el litigio conforme a las reglas de Derecho que resulten aplicables sin necesidad de sujetarse a la denominación que las partes hayan propuesto, pero establece como condición en el art. 16, que ha de hacer observar y observar siempre él mismo, el principio de contradicción. Es decir que solo podrá resolver el caso atendiendo a los fundamentos y alegaciones que hayan sido objeto de contradicción en el debate procesal.

En Italia según Ormazabal¹⁰⁶, existe libertad del juzgador para dictar sentencia con base en la calificación jurídica que entienda correcta, sin limitaciones en razón de su alegación por las partes, o mejor aún existe libertad valorativa del juez en lo jurídico y el necesario respeto a los derechos de defensa y contradicción. *Si el juez advierte que el caso debe subsumirse en calificación jurídica diferente de la alegada, antes de decidir con base en la misma, debe someter su aplicabilidad a las observaciones de las partes, suscitando un debate contradictorio sobre dicho punto*¹⁰⁷.

En Portugal el Decreto-ley núm. 180/1996, de 25 de septiembre, contempla la siguiente redacción al párrafo 3º del artículo 3º del Código de Processo Civil¹⁰⁸ (relativo a la instancia de parte y al principio dispositivo): *«el juez debe observar y hacer cumplir a lo largo de todo el proceso el principio de contradicción, y no le resulta lícito, salvo en caso de manifiesta necesidad, decidir cuestiones de hecho o de Derecho, así como aquellas que pueda resolver de oficio, sin que las partes*

¹⁰⁵ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20111028>

¹⁰⁶ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. O.P.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 34.

¹⁰⁸ http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_180_96.htm.

«Artigo 3.º [...] 1 - ... 2 - ... 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 - Às excepções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

hayan tenido la posibilidad de pronunciarse al respecto» . Vale decir, que la “necesidad” es consecuencia de la interpretación de los principios y valores que contiene la constitución portuguesa, entre los que se encuentran los comunes al civil law, de brindar pronta y cumplida justicia, garantizar los derechos humanos, hacer efectiva la justicia material que impida la denegación de justicia y correlativamente brindar a las partes el derecho de controvertir no solo las pruebas, sino los argumentos jurídicos que hayan esgrimido en la presentación o contestación de la demanda, las vistas del juicio oral o los que el juez introduzca en el debate.

2.3.3. Common Wealth

En el derecho anglosajón son pocas las referencias que se han encontrado sobre el aforismo *iura novit curia*, así lo sostiene Ormazabal quien aduce como causa del poco uso o estudio de la figura que *“o bien se trata de un rasgo tan asumido en la cultura jurídica norteamericana que muy pocos lo consideran digno de comentario; o tal vez hay que atribuir al carácter pragmático y nada inclinado a la especulación, propio del mundo anglosajón, la inexistencia del tratamiento específico del tema”*¹⁰⁹.

Damaska¹¹⁰ se refiere a la figura como uno de los elementos diferenciadores del civil law y el common law, por cuanto allí por ejemplo en un proceso penal interviene, además del Juez, un jurado que es lego en materia de conocimiento del derecho. Reitera que *“en suma: El grueso de la información jurídica, y los hechos del caso, llegan al Juez angloamericano a través del filtro de los argumentos de las partes”*¹¹¹ y en la ideología dominante en el sistema jurídico anglosajón, es repugnante someterse a la presión del Juez que “conoce el derecho”, por cuanto ésta cultura jurídica, alaba la autonomía de los litigantes por lo cual la disputa no

¹⁰⁹ ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2007. Pág. 39.

¹¹⁰ DAMASKA, Mirjan R. LAS CARAS DE LA JUSTICIA Y EL PODER DEL ESTADO. Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Santiago, Chile. 2000.

¹¹¹ *Ibidem*. Pág. 200.

solo se limita a los hechos sino que se extiende a los temas jurídicos. *“Las partes son soberanas para definir los derechos por reivindicar”*¹¹²

Advierte que aunque una “estela de reformas liberales del siglo XIX”, comenzaron a requerir en algunos países que los jueces se limiten a las teorías jurídicas planteadas por los litigantes, el deber de conocer el derecho por parte de los jueces del civil law, sigue siendo *parte de su officium*¹¹³.

En el common law, en palabras de Taruffo¹¹⁴, y especialmente en el sistema norteamericano *«los abogados formulan sus respectivas calificaciones jurídicas de la controversia y el Juez se limita a elegir entre ellas; en los sistemas del civil law es el Juez quien formula la calificación jurídica de la causa, en ocasiones aceptando, pero a menudo ignorando las argumentaciones jurídicas de las partes»*¹¹⁵. El maestro italiano asimila el deber de judicial notice, con la regla iura novit curia así: *«la regla no escrita que impone al Juez el deber de judicial notice en relación al Derecho sustantivo posee un significado equivalente al que se atribuye al principio iura novit curia en los sistemas de civil law, de manera que la búsqueda de la norma corresponde exclusivamente al Juez»*¹¹⁶.

Esta contradicción se debe a que el derecho anglosajón se ha debatido entre el entendimiento o concepción del Juez como decisión-maker, que se basa en la idea de una función jurisdiccional entendida como actividad declarativa, como un proceder enderezado a descubrir la norma jurídica aplicable al caso concreto o bien como law-rule-maker, la cual sitúa al Juez en una posición ya no de descubrimiento, sino de creación de la regla de Derecho aplicable.

¹¹² Ibidem. Pág. 199.

¹¹³ Ibidem.. Pág. 201.

¹¹⁴ HAZARD Jr, Geoffrey C. y TARUFFO, Michele. AMERICAN CIVIL PROCEDURE. NEW HAVEN, CT: YALE UNIVERSITY PRESS. E.E.U.U. 1993.

¹¹⁵ Ibidem. Pág. 141.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. IL PROCESSO CIVILE ADVERSARY NELL' ESPERIENZA AMERICANA. CEDAM. Padova, Italia. 1979. Pág. 162.

2.3.4. Latinoamérica

Latinoamérica tampoco ha escapado de la utilización del aforismo, que en uno de sus significados más radicales, permite al juez modificar la calificación jurídica de la pretensión hecha por el demandante, en razón al conocimiento que debe tener del derecho.

El uso y estudio del aforismo se ha extendido, impulsado principalmente por autores y estudiosos argentinos, que siguiendo a Sentís¹¹⁷, han explorado el uso e interpretación del *iura novit curia*. Couture¹¹⁸ afirma que el hecho de que el Juez utilice el derecho que crea justo y aplicable sin estar atado por los errores de planteo o invocación de los litigantes, es “*hoy cosa pacíficamente admitida en toda la doctrina y jurisprudencia americana*”¹¹⁹, no sin antes advertir que la proliferación de su uso puede ser debido al avance del principio inquisitivo, en materia civil, por cuanto “*hay cada día una tendencia más acusada, aún en países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias*”¹²⁰.

Alvarado¹²¹ sostiene que el Juez tiene como deber en cuanto al derecho que sustenta la pretensión “*el de calificar jurídicamente la relación litigiosa en orden a la regla iura novit curia*”¹²².

Este deber hace parte de los deberes procesales de dirección visto desde diversas ópticas; los que surgen con relación a la pura actividad de procesar, es decir el proceso en sí mismo y como medio de debate; en relación al litigio operado entre las partes; en cuanto a la pretensión; en cuanto al derecho que sustenta la pretensión (*iura novit curia*) y en cuanto a la confirmación procesal.

¹¹⁷ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO. *Iura Novit Curia*. OP.

¹¹⁸ COUTURE, Eduardo J. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. La constitución y el proceso civil. Tercera edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires, Argentina. 1979

¹¹⁹ *Ibidem*. Pág.315.

¹²⁰ *Ibidem*. Pág.313.

¹²¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Segunda parte. RUBINZAL-CULZONI EDITORES. Buenos Aires, Argentina. 2005.

¹²² *Ibidem*.. Pág. 42.

En cuanto a la aplicación de la norma jurídica el problema versa sobre la cuestión acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio, lo cual genera una doble respuesta: en primer lugar *está vinculado estrechamente a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema y grosera de la aplicación del sistema dispositivo) o puede suplir las normas citadas por ellas*¹²³.

La última respuesta a la pregunta de qué norma debe aplicar el Juez o tribunal es la que goza de mayor aceptación y ha dado origen a la regla *iura novit curia que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al Juez los hechos, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio*¹²⁴.

El aforismo o regla lo entiende Alvarado¹²⁵ de tres formas:

- El Juez puede y debe aplicar el derecho aunque no haya sido invocado por las partes;
- También puede y debe aplicar el derecho correcto, cuando fue erróneamente invocado por las partes;
- Y finalmente, aunque es una posición extrema, Alvarado reseña que también existen quienes defienden que el Juez pueda contrariar la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

Meroi¹²⁶, hace un análisis sobre el tema y construye su propia versión sobre la forma en que se entiende en el derecho contemporáneo el iura novit curia. Refiere también tres formas: *a) como presunción, en tanto se presume que el Juez conoce el derecho aplicable al caso, lo que exime a las partes de tener que probarlo; b) como principio o regla (conforme a la distinta denominación que se asigne a las*

¹²³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Primera parte. Reimpresión. RUBINZAL-CULZONI EDITORES. Buenos Aires, Argentina. 2008. Pág. 275.

¹²⁴ Ibidem Pág. 275.

¹²⁵ Ibidem. Pág. 275

¹²⁶ MEROI, Andrea A. IURA NOVIT CURIA Y DECISIÓN IMPARCIAL. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.2 [citado 2011-04-22], pp. 379-390. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122007000200015.

líneas directrices del proceso), esto es, como un deber del Juez de conocer el derecho y de resolver el conflicto conforme a él y a pesar del invocado por las partes; c) como "principio-construcción", en la terminología de Wróblewski, en tanto elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica¹²⁷. Rechaza que el Juez constitucional pueda, so pretexto de crear el derecho, como una atribución suya en un "estado Constitucional", resolver los conflictos sin que haya el respectivo contradictorio o la participación de "los protagonistas del debate procesal".

También Calvinho¹²⁸ expresa su aceptación de que el principio, regla, aforismo o brocardo, debe tener un límite, lo que en su parecer exige acercar o dar al ciudadano que acude a la autoridad —Juez o árbitro— para solucionar su conflicto de materia transigible, las garantías constitucionales y el debido proceso y por tanto el brocardo deberá entenderse como *a) Garantía de obtener resolución si se la pide: basado en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades, asegura que el litigio será resuelto, quedando imposibilitada la autoridad de aducir desconocimiento de la ley para no aplicarla o no juzgar. De lo contrario sería en muchos casos inmanejable y hasta inútil el sistema de administración de justicia, desde que no habría ninguna certeza que se aplique el orden jurídico a un caso concreto, instalando la inseguridad jurídica en su máxima expresión y b) Garantía de aplicación del derecho vigente que corresponda al caso: si se pide la resolución del litigio, ésta deberá dictarse respetando el derecho vigente que deba aplicársele¹²⁹.*

¹²⁷ *Ibíd*em

¹²⁸ CALVINHO, Gustavo. LOS NECESARIOS LÍMITES A LA REGLA IURA NOVIT CURIA COMO GARANTÍA PARA LAS PARTES. Disponible en: <http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/lura%20novit%20curia.pdf>

¹²⁹ *Ibíd*em.

Haciendo una propuesta que denomina “reconducción de postulaciones”, Peyrano¹³⁰, profesor argentino de nacionalidad uruguaya, aboga también por poner “*vallas al funcionamiento irrestricto del “iura novit curia”, que puede, eventualmente, dejar indefensa a una de las partes que había planeado su estrategia en función de disposiciones legales a la postre desechadas por el órgano jurisdiccional por más que habían sido alegadas por los litigantes*”¹³¹. Esta figura de la reconducción le permite a la parte proponer, en tiempo oportuno, una nueva demanda o excepción en reemplazo de otra anterior que estaba errada. Reemplaza el poder deber del Juez, por la intervención de las partes.

La jurisprudencia y la doctrina en Venezuela, también se han ocupado del aforismo. En efecto, allí Quintero¹³² sostiene que el Juez no solo debe conocer el derecho entendido como las disposiciones normativas y las normas jurídicas, sino que su dominio debe trascender “*sobre algo externo al ser humano*”¹³³, con ello podrá entender el concepto de dignidad, el cual es fundamental en el desarrollo del proceso penal, en el cual la vida y la libertad del individuo –sus derechos más preciados-, serán objeto de tutela por parte del Estado.

Sostiene que en Venezuela existen “*Jueces que no conocen el derecho, ni su oficio de jueces*”, otros que lo sustituyen aún conociéndolo, por otras formas reñidas con la justicia, lo cual no garantiza una adecuada aplicación del aforismo.

Además del derecho penal, también se utiliza el aforismo en el derecho civil según lo evidencia el aparte que se transcribe: “*la cosa litigiosa recae sobre el inmueble objeto de la pretensión, por lo que es evidente que se presenta entonces la duda en su posesión, hecho que si bien no fue fundamentado específicamente por el*

¹³⁰ PEYRANO, Jorge Walter. IURA NOVIT CURIA PROCESAL: LA RECONDUCCION DE POSTULACIONES. Disponible en: <http://www.google.com.co/#q=LA+RECONDUCCION+DE+POSTULACIONES+jorge+walter+peyrano&bih=683&biw=1114&fp=bc19f3c1c8b3a1c8&hl=es>

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² QUINTERO MORENO, Rafael. “EN TORNO AL PRINCIPIO DEL IURA NOVIT CURIA”. En: DIKAIOSYNE N° 17. Revista Semestral de Filosofía Práctica. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. 2006.

¹³³ *Ibidem*. Pág. 95.

*infracción una doble vulneración: la del derecho a conocer de la acusación que sería inexistente y la del derecho a no sufrir indefensión, que provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea el enfrentamiento dialéctico entre las partes*¹³⁸. Un proceso garantista exige el ejercicio o protección de ambos derechos, para que el Juez se pronuncie en los términos del debate, sin incurrir en violación del derecho de defensa o incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Esta es una muestra de los riesgos de un principio o aforismo, citado o aplicado con desconocimiento de su significado, gramática, reglas que deben seguirse. Modifican la causa petendi en el proceso civil, agravan la imputación realizada por el fiscal en el proceso penal, citan mal el aforismo y si para aplicar el aforismo en una controversia en materia comercial priman las consideraciones ideológicas de la “revolución bolivariana”, será imposible garantizar en dicha jurisdicción, la protección o el amparo de derechos subjetivos desconocidos o violados en transacciones comerciales y que deban ser reivindicados ante la justicia venezolana.

Otro de los países en que se ha estudiado con regularidad el brocardo, es en Perú. Allí se ha profundizado en el estudio y aplicación del tema consagrándolo en su Código de Proceso Civil, en el artículo VII del Título Preliminar, así:

Artículo VII.- Juez y Derecho.-

*El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.*¹³⁹

¹³⁸ *Ibidem* Pág. 108.

¹³⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Decreto Legislativo N° 768, de fecha 4 de marzo de 1992. Lima, Perú.

El proceso civil en Perú, predominantemente dispositivo, confiere mayores facultades a las partes que al Juez, de acuerdo a las siguientes reglas procesales:

a) el Juez no puede iniciar de oficio el juicio; *Nemo iudex sine actore* (no hay Juez sin actor),

b) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes *ne procedat iudex ex officio* (no proceda el Juez de oficio);

c) debe tener por ciertos los hechos en que ellas estuviesen de acuerdo;

d) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* y

e) el Juez no puede condenar a más, ni a otra cosa que la pedida en la demanda. *Ne eat iudex extra petita partium vel, ultra*. Si lo hace incurre en el vicio de incongruencia.

Estos principios concuerdan con todos los sistemas jurídicos que siguiendo el Código de Bello¹⁴⁰, adoptaron una sistematización o codificación de las normas jurídicas existentes en el momento y que tienen una innegable influencia del sistema jurídico continental europeo o civil law.

En la exposición de motivos del Código Procesal Civil peruano, se enuncia como principio orientador del Código el de dotar a los jueces de mayores atribuciones en lo referente a la dirección del proceso, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no quede solo librado plenamente a la habilidad ocasional de los litigantes sino a la dirección del

¹⁴⁰ Don Andrés Bello, considerado como el más grande humanista de Iberoamérica, nace en Caracas el 29 de noviembre de 1781, como senador en Chile es nombrado para sistematizar en un solo código el cuerpo de leyes de derecho común existente en una forma coherente, racional y sistemática. El Código entró en vigencia en 1857. Por su claridad, exactitud y coherencia fue fácil de aplicar y se adoptó en otros países hispanoamericanos como Ecuador, Perú y Colombia que lo promulgaron con muy pocas modificaciones y sirvió de fuente para los códigos de otras naciones del continente.

Juez. “Si bien el Código habla de facultades, pareciera dar a entender, que está en la decisión del Juez utilizarlas o no; cosa que no es cierta, puesto que no ha sido ese el espíritu del legislador; sino mas bien que, si es claro que el Juez tiene el deber de averiguar la verdad, en pos de ese deber, deberá utilizar todos los medios que considere idóneos para alcanzarla; de lo contrario, no podrá dictar una sentencia justa”¹⁴¹.

Quiroga¹⁴², expresa que lo plasmado por el legislador en el código procesal civil peruano en 1992, obedece a que “con el deterioro del liberalismo, el principio dispositivo ha ido cediendo paso en el proceso civil, sobre todo a partir del cuestionamiento de las ideologías en el proceso, de tal suerte que el principio inquisitivo ha ido tomando vigencia, aún sin cuajar ni ser aceptado totalmente expresa, y que se condensa en la máxima: el Juez es el director del proceso”¹⁴³.

Dicha posición legislativa marca una tendencia que también se ha incorporado en el proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹⁴⁴, impulsado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Brasil no es ajeno al conocimiento y aplicación del aforismo. Allí “no es necesario que el actor indique el dispositivo legal (*nomen iuris*), que caracteriza su reclamación, y ello en virtud del principio *iura novit curia*”¹⁴⁵.

Las partes deben preocuparse por probar los hechos alegados, de conformidad con la pretensión, la caracterización jurídica que haga el actor es irrelevante por lo

¹⁴¹ AGUIRRE MONTENEGRO, Jorge. EL PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO 2008 Enero 24 . En: <http://lawiuris.wordpress.com/2008/01/24/iura-novit-curia/>. Consultado el 20 de diciembre de 2010.

¹⁴² QUIROGA León, Anibal. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. Editorial Moreno S.A. Lima, Perú. 2008.

¹⁴³ *Ibidem*. Pág. 77.

¹⁴⁴

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9W0-](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9W0-ZMh6oaoJ:www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_MODELO_IBERO.doc+c%C3%B3digo+procesal+civ)

[ZMh6oaoJ:www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_MODELO_IBERO.doc+c%C3%B3digo+procesal+civ](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9W0-ZMh6oaoJ:www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_MODELO_IBERO.doc+c%C3%B3digo+procesal+civil+modelo+para+iberoam%C3%A9rica&hl=es&gl=co)

[il+modelo+para+iberoam%C3%A9rica&hl=es&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9W0-ZMh6oaoJ:www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_MODELO_IBERO.doc+c%C3%B3digo+procesal+civil+modelo+para+iberoam%C3%A9rica&hl=es&gl=co)
¹⁴⁵ REVISTA URUTÁGUA - Revista académica multidisciplinaria Departamento de Ciencias Sociales Universidad Estadual de Maringá (UEM) Av. Colombo, 5790 - Campus Universitario 87020-900 - Maringá/ PR - Brasil - Correo electrónico: rev-urutagua@uem. Publicado el 04/20/2007 - Última actualización: 23 de abril de 2007. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira Que é iura novit curia? <http://www.urutagua.uem.br/012/12siqueira.htm>

que el resultado de aplicar la ley, o subsumir la norma jurídica más adecuada al caso, corresponde al Juez.

Centroamérica y especialmente México, también le han dado trascendencia al aforismo, dando pautas acerca de su aplicación o utilización.

En México, Ordiozola¹⁴⁶ explica que el aforismo presenta una limitación en su utilización como una consecuencia del mayor tráfico jurídico internacional que se presenta en el derecho internacional privado, del cual hace parte el derecho civil y mercantil que requiere en la mayoría de los casos de la aplicación del derecho de dos o más estados. Lo anterior por cuanto “...no es posible negar el hecho de que la ley extranjera requiera prueba o evidencia en el proceso: es imposible que el Juez nacional conozca todos los sistemas de derechos y legislaciones”¹⁴⁷.

Para solucionar el problema propone la creación de un instituto de especialistas en derecho internacional que actúe como órgano auxiliar de la judicatura que “coadyuve con los jueces en la investigación del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, teniendo entre sus facultades desahogar consultas formuladas por el poder judicial al respecto”¹⁴⁸.

La legislación mexicana de 1988, contempla en el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal DF, en los artículos 284 bis y 86 bis respectivamente, que el Juez aplicará el derecho extranjero como se haría en el estado de origen, también que podrá ordenar la práctica de pruebas “que estime necesarias para informarse sobre el texto, sentido, vigencia y, alcance de la norma extraña, sin perjuicio de las pruebas que las partes ofrezcan”, es decir el Juez conoce el derecho sustantivo como

¹⁴⁶ ORDIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique. EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN MEXICO: HACIA UN INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO. En: www. Jurídicas.unam.mx. Consultado en diciembre 20 de 2010.

¹⁴⁷ Ibídem. Pág. 102.

¹⁴⁸ Ibídem. Pág. 114.

director del proceso -poder- facultad- y no como deber, lo cual resulta en su criterio y en el nuestro, materialmente imposible.

Dicha legislación procesal tiene una gran ventaja en materia mercantil, por cuanto *“proviene todas del órgano legislativo federal y tienen vigencia en todo el territorio nacional”*¹⁴⁹, lo cual no obsta para que a elección de la parte actora en virtud de la competencia por diversos factores ya sea en razón a la cuantía el territorio o funcional, pueda ser aplicada por los tribunales del poder judicial de los estados, introduciendo un nivel de complejidad en la resolución del conflicto, por la diversidad de leyes mercantiles de diferentes materias y orientaciones existentes en un estado federal. Por ello el aforismo se utiliza en todos los estados mexicanos con algunas limitaciones para aplicar las normas de derecho sustantivo en materia mercantil, mas no así las normas adjetivas que son comunes y deben ser conocidas por todos los operadores judiciales.

La forma de probar el derecho extranjero en México consiste en¹⁵⁰:

- a) Exhibir la copia certificada de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales;
- b) Prueba pericial mediante dictámenes de abogados o expertos en la materia, y
- c) Informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

Para el año 2011, el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal DF, en su artículo 546 contemplan¹⁵¹:

¹⁴⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, OVALLE FAVELA, José. DERECHO PROCESAL. Pág. 1209. Consultado en Diciembre 20 de 2010: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/325/2.pdf>.

¹⁵⁰ ORDIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique. EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN MEXICO: HACIA UN INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO. En: [www. Jurídicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Consultado en diciembre 20 de 2010. Pág 112.

ARTICULO 546.- Para que hagan fe en la republica los documentos públicos extranjeros, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de legalización.

Como podemos observar, dicha exigencia legal impone un límite a la aplicación del aforismo, que solo puede ser aplicado dependiendo del momento en que el Juez “conoce” el derecho y ello solo ocurre cuando se han practicado las pruebas decretadas por el Juez o solicitadas por las partes y las mismas hayan sido legalizadas por las autoridades consulares mexicanas.

Antes de concluir el panorama descrito, podemos señalar que en Guatemala el aforismo se equipara a lo que consagra el Código Procesal Penal de Guatemala en el Decreto 51-92 del Congreso de la República, expedido en 1972 en su artículo 333 como acusación alternativa¹⁵², esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa.

San José de Costa Rica influenciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagra a nivel constitucional, principios que involucran el aforismo en la correcta interpretación y aplicación de los principios del debido proceso, que tienen asiento en los artículos 39 de la Constitución (derecho de defensa) y 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana (principio *jura novit curia*)¹⁵³.

¹⁵¹ <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/5/551.htm?s=>

¹⁵² BÁMACA POJOY, Ery Fernando NECESIDAD DE ESTABLECER REQUISITOS A LA IURA NOVIT CURIA O DETERMINACIÓN ALTERNATIVA COMO MEDIO PARA NO VIOLENTAR EL PRINCIPIO FAVOR REI O IN DUBIO PRO REO . Universidad De San Carlos De Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. GUATEMALA, Septiembre de 2006.

¹⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. Expediente: 98-008001-007-CO-M Res: 08614-98 Acción de inconstitucionalidad promovida por Efrén Arauz Centeno. 1998.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, ha condenado Estados por la denegación de justicia en virtud del principio *iura Novit curia*.

Para el organismo internacional de justicia, el Juez no puede denegar justicia y debe conocer sus obligaciones en éste sentido. Así lo manifiesta la corte “-*demora permitida en la legislación “[...] El derecho interno del [Estado] no establece el derecho a un juicio pronto o dentro de un plazo razonable y, por lo tanto, no se ajusta a lo establecido en la Convención. En virtud de la información disponible en el [caso], que se concreta en la información presentada en los hechos expuestos [...], y de acuerdo con el citado principio iura novit curia, la Corte concluye que el Estado [...] violó el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y con ello, las disposiciones contenidas en los artículos 7.5 y 8.1 en conjunción con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana [...]1513”*¹⁵⁴.

Según la Corte con base en el principio *iura novit curia*, el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente, principio que “*se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional – para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos relevantes*”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004 <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>. Pág. 983.

¹⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004 <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>. Pág. 1021.

2.4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

2.4.1. El derecho constitucional y el INC

La Corte Constitucional ha ido construyendo su jurisprudencia para legitimar la incorporación al sistema jurídico colombiano de ciertas normas y principios supranacionales, que no se encuentran expresamente desarrollados en la legislación, pero se encuentran enunciados de manera tácita o expresa en la Carta Política y que por lo tanto se convierten en parámetros del control de constitucionalidad, así como también en criterios vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la norma suprema.

Son varios los artículos de la Carta que definen la adopción de normas internacionales en el orden interno, que amparan la jurisprudencia de la corte:

- a) El artículo 9º, el cual reconoce que *las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;*
- b) El artículo 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

- c) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”
- d) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”
- e) El artículo 94, que establece que “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 humana, no figuren expresamente en ellos.”
- f) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”
- g) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”
- h) El artículo 224. *Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado. , y*
- i) El artículo 227. Desarrollado por la Ley 1157 de 2007. *El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y*

especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Vásquez¹⁵⁶ sostiene que un Estado Social de Derecho se presenta como un avance del Estado Liberal, en el que “ *el norte político jurídico ya no es solo el respeto a un ordenamiento vigente como lo presenta el estado de derecho, sino que ahora se impone la adecuación de los actos estatales en pos de cumplir la labor esencial de la estructura estatal, derivada de la nueva concepción filosófica-jurídica de ella, esto es, la realización de los derechos fundamentales y sociales del hombre como condición básica para lograr no solo su supervivencia el grupo social, sino su plena realización como ser humano*”¹⁵⁷. A ello contribuye el Juez al que ya no le basta conocer el derecho positivo iura novit curia, sino que se le impone ubicar la decisión judicial en el nuevo contexto social, nacional e internacional, para legitimar la función que cumple y la providencia que dicta, garantizando con ello la materialidad de los principios, valores y derechos incorporados en la carta fundamental.

Para su actividad los jueces parten del “conocimiento” de la norma de normas –la Constitución Política-, en la cual se encuentran los principios, valores, derechos y criterios finalistas a ser aplicados, y paralelamente se enfrentan con la realidad social, con los hechos, y es sobre esta realidad social que el Juez debe definir y construir los alcances de una interpretación coherente de la carta constitucional, con esa realidad fáctica que le rodea.

¹⁵⁶ VÁSQUEZ POSADA, Socorro. EL GARANTISMO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. En revista GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA. Editorial Universidad de Medellín. Medellín 2010

¹⁵⁷ *Ibíd.*

Dando aplicación a ésta teoría y ampliando sus facultades sobre la interpretación de la ley, en la parte resolutive de la sentencia C 820 de 2006¹⁵⁸, la Corte Constitucional declaró inexecutable los apartes del artículo 25 del código civil que le conferían solo al legislador, la facultad de interpretar la ley con autoridad así:

“Declarar EXEQUIBLE el artículo 25 del Código Civil, por los cargos formulados en la demanda, salvo las expresiones “sólo” y “con autoridad”, que se declaran INEXEQUIBLES. La exequibilidad se condiciona en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general¹⁵⁹.”

El artículo demandado prescribía:

“Artículo 25 del Código Civil. “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador”

Esta labor de interpretación de la ley realizada por los jueces, en razón del conocimiento que tienen de ella, produce choques con el poder ejecutivo o legislativo al proferir sentencias que al interpretar la ley, modifican, amplifican o modulan la norma expedida por el legislador, arrogándose competencias o facultades que otrora eran exclusivas del poder legislativo.

Estas desavenencias en la interpretación de la ley se trasladan al proceso y a los doctrinantes, que prohíjan un mayor o menor activismo judicial, para permitir o limitar la aplicación de la norma a un caso concreto.

¹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820/06. Referencia: expediente D-6224. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del Código Civil. Demandante: Guillermo Otálora Lozano. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006).

¹⁵⁹ *Ibíd.*

En efecto existen corrientes doctrinales que soportan o contradicen que el Juez pueda cambiar, en razón del conocimiento que tiene del derecho -significado del aforismo *iura novit curia*-, la pretensión que inicialmente haya incoado el actor.

No es lo mismo conocer el derecho que interpretarlo y aplicarlo. La primera acción, la de conocer, exige tener la idea, entender y captar o aprehender por medio de facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y circunstancias de la creación y existencia de la norma. Interpretar, es explicar el sentido o significado de una norma aplicada al caso concreto

Javier Tamayo Jaramillo¹⁶⁰, quien se identifica con la corriente doctrinal que denomina “neo constitucionalismo democrático”¹⁶¹ en oposición a la del “nuevo derecho”, señala que la primera defiende la ley que se acomoda a los principios materiales de la Constitución, mientras que el Nuevo Derecho pretende arrasar con todo marco legal para entregarle al Juez la facultad de convertirse en un Juez de derecho natural, lo que constituye la negación total del Estado de derecho.

Los pilares del Nuevo Derecho podrían resumirse en los siguientes ítems, recogidos por Prieto Sanchís¹⁶² a partir de los postulados de diversos exponentes:

- a. Más principios que reglas
- b. Más ponderación que subsunción
- c. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- d. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

¹⁶⁰ Exmagistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶¹ http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_AMB.JUR_13.pdf

¹⁶² PRIETO SANCHIS, Luis. “NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL” En Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell, Trotta. Madrid, 2005, p. 131-132.

e. Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Confrontando su posición jurídica con estos postulados del nuevo derecho identificados por Sanchís, el exmagistrado sostiene que en la Constitución de 1991 lo que se estableció fue un derecho constitucional principialista, es decir contempló una serie de principios axiológicos garantes de derechos fundamentales, pero también introdujo el artículo 230 de la Carta, según el cual, el Juez en sus providencias está sometido al imperio de la ley, y que las normas Constitucionales y legales siguen siendo base de nuestro Estado Social de Derecho, más no así al desarrollo jurisprudencial que crea derecho como lo entiende López¹⁶³, lo cual encuentra el autor soportado en la filosofía Constitucional, de la casi totalidad de neo constitucionalistas contemporáneos, como Bobbio, Ferrajoli, Pérez Barba, Prieto Sanchís, Guastini, entre otros.

Afirma que la posición que defiende está lejos del Nuevo Derecho, que se caracteriza en su criterio, entre otras tesis que por el desprecio de la ley, que al estar sometida a los principios y valores constitucionales interpretados por el Juez que conoce el derecho *iura novit curia*, puede desequilibrar el balance constitucional, al abrogarse facultades para crear derecho de acuerdo con lo que él considera justo, e inclusive para ordenar y administrar el presupuesto público¹⁶⁴, posición doctrinal que ha sido prohijada e impulsada por la propia Corte Constitucional, en sentencia C 406 de 1992¹⁶⁵. Es decir, el Juez ya no solo tiene el deber de aplicar el derecho conocido, como uno de los significados del *iura novit curia*, sino que también puede crear reglas, modular, ampliar o limitar la norma

¹⁶³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. Segunda Edición. Editorial LEGIS. Bogotá, Colombia. 2009.

¹⁶⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. Primera Edición. Editorial LEGIS. Bogotá, Colombia. 2000. Pág. 192.

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de junio 5 de 1992.M.P.CIRO ANGARITA BARÓN.

expedida por el legislador, lo cual va en contravía de lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta y en general por la estructura esencial de un Estado que debe respetar la separación de poderes.

Tamayo continúa citando al profesor López, quien sostiene que mientras el Derecho tradicional busca la regla que regula el caso, es decir ubica el tipo de contrato aplicable, el régimen de responsabilidad que corresponde, averigua si el delito es de estafa o de extorsión, en el nuevo derecho *“No se parte de la adecuación típica sino de la aceptación de la existencia de conflicto de derechos. El conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales”*¹⁶⁶ (*ob.cit*, p. 191).”

Expresa el ex magistrado Tamayo que, en su aversión a la ley, el Nuevo Derecho considera que el proceso de promulgación de la ley presupone el triunfo de las mayorías políticas, con frecuencia, en violación de minorías no representadas políticamente, razón por la cual la Constitución tiene aplicación directa en la solución de casos jurídicos. Finalmente, *“en vez de reglas específicas de conducta se prefiere la adopción de estándares o principios que enunciando una regla generalísima, dejan su adecuación concreta a un juicio prudencial del intérprete y no a la capacidad de previsión del legislador”*¹⁶⁷ .

Concluye que el Nuevo Derecho desconoce la necesidad del principio de legalidad, pues ni siquiera le interesa que en materia penal al procesado se le diga de qué delito se le acusa, ni a las partes en un contrato se les permite regular sus relaciones de acuerdo con el marco legal. De otro lado, afirma que en dicha corriente la Constitución se aplica en forma directa por encima de las leyes. Para

¹⁶⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. Primera Edición. O.P. Pág. 192.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

agravar las cosas se desconoce de alguna manera la legitimidad del congreso, en la medida en que éste solo estaría al servicio de las mayorías.

Planteadas así las cosas, itera que el principialismo constitucionalista, corriente a la cual pertenece, excluye las tesis centrales del nuevo derecho, por cuanto los tribunales colombianos, incluida la Corte constitucional, reconocen las leyes como elemento esencial del Estado de derecho, y solo en excepcionales casos de tutela, se aplica la Constitución en forma directa, o simplemente deja de aplicar una ley cuando la considera inconstitucional, fenómeno compatible con el peyorativamente llamado derecho tradicional.

Como podemos inferir de la crítica de éste doctrinante, en Colombia en la corriente que sigue los postulados del nuevo derecho, existe un campo abonado para la aplicación y desarrollo del aforismo *iura novit curia*, por cuanto ésta corriente magnifica el poder del Juez, desplazando o suplantando la labor del congreso en la expedición de la ley, la del ejecutivo ordenando el gasto y quebrantando el equilibrio de poderes por el que propugna la civilización occidental a la que se adscribe el aforismo.

El juez ya no solo conoce el derecho positivo, sino el derecho natural, la costumbre e interpreta las normas de textura abierta -principios y valores-, permitiendo la utilización de una concepción mucho más amplia del aforismo, que ahora no se entiende solamente como el derecho conocido por el juez o el deber de conocerlo, sino que ahora se entiende que el Juez puede sustituir o crear la norma en que se basa la pretensión procesal, independientemente de la calificación jurídica de los hechos realizada por el demandante. Esta posición atenta gravemente contra el debido proceso y el derecho de defensa, pues el juez puede sorprender son su particular entendimiento o conocimiento de la ley y su aplicación, a la contraparte en las acciones ordinarias o al representante del Ministerio Público en las acciones constitucionales, que basan su resistencia en la

calificación jurídica que ha hecho el demandante, o en la exposición de motivos y discusión del proyecto de ley realizada por el legislador.

López con posterioridad a la primera edición de su obra, expresa esta facultad deber -otra manifestación del aforismo-, de conocer el derecho, en la técnica de interpretación denominada análisis dinámico de jurisprudencia, de la siguiente manera: *“hay posibilidades de variar el balance constitucional moderada o radicalmente, a “izquierda” o “derecha”*¹⁶⁸.

Es necesario expresar, para efectos de rechazar la dictadura del poder ejecutivo o el gobierno de los jueces, al cual le sirve de maravilla el aforismo, que la revolución francesa no solo acabó con el estado monárquico y creó los mecanismos de control al poder del ejecutivo, sino que también estableció la idea de la división del poder, desarrollada principalmente por Montesquieu, Jhon Locke y Alexander Hamilton entre otros filósofos del siglo XVIII.

En el artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, hecha el 26 de agosto de 1789 por la revolución francesa¹⁶⁹, se expresa ésta idea de la siguiente manera: *“Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”*¹⁷⁰.

Posteriormente, los constituyentes norteamericanos introducen el concepto de los llamados pesos y contrapesos (Cheks and Balances) en la constitución americana, con los cuales se pretende evitar que uno solo de los órganos o ramas del poder público concentre para sí un excesivo poder, evitando con ello el despotismo del régimen absolutista encarnado en el monarca que todo lo puede. Más adelante, el criterio se matiza en función de dos correctivos: la necesaria colaboración entre

¹⁶⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. Segunda Edición. O.P. Pág. 192.

¹⁶⁹ REVOLUCIÓN FRANCESA (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Consultado en 03/08/2009 en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/declaracion_fr_1789.html.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

los poderes (lo que exige relación y control recíprocos y se manifiesta en actos complejos como la ratificación de tratados o la elaboración de leyes) y la asunción parcial por un poder de funciones que materialmente corresponderían a otro (lo que impide establecer una nítida correlación entre poder y función); así, existen funciones normativas desarrolladas por el poder ejecutivo (decretos, órdenes), funciones jurisdiccionales ejercidas por el poder ejecutivo (tribunales administrativos) y por el poder legislativo (enjuiciamiento de ministros), y funciones ejecutivas desplegadas por el poder legislativo (autorización para declarar el estado de sitio) y por el poder judicial (actos de jurisdicción voluntaria).

La separación de poderes, junto a la consagración Constitucional de los derechos fundamentales, son dos de los pilares del Constitucionalismo moderno.

Mediante éste sistema se busca que, -en la resolución del conflicto constitucional, entendido como las contradicciones que se presentan entre las diversas ramas del poder público en la búsqueda del bienestar general, la paz y el respeto de los derechos fundamentales-, no prevalezca uno de los órganos o ramas del poder público sobre otros, para garantizar que la distribución de las distintas funciones del Estado sea confiada a varios órganos o ramas que se controlen entre sí. La aplicación del aforismo como se perfila en el nuevo derecho, incrementa el llamado conflicto constitucional.

El conflicto constitucional desde la perspectiva del derecho procesal se puede entender como *“ la colisión o confrontación que se presenta entre los principios, derechos, valores y disposiciones consagrados en la Constitución Política, y las medidas o instrumentos adoptados supuestamente para el desarrollo y concreción, o por el contrario, las omisiones que impiden su aplicación y que atentan contra ella”* ¹⁷¹. El desarrollo del llamado conflicto constitucional, así

¹⁷¹ ROJAS, Juan Gabriel. CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2008. Pág. 15.

entendido, determina la forma de aplicar el aforismo y el alcance que puede llegar a tener el mismo.

En el caso colombiano, los jueces que en principio deben establecer sus propios límites, los han desbordado hasta quedar sin control por cuanto a través del control abstracto de constitucionalidad, ya sea previo, como en el caso de los referendos, tratados y demás eventos contemplados en los artículos 152, 153,165,167,376, 378, ya por vía de acción artículos 214-1, 241-4, 241-5, 150-10 y 341 u oficioso¹⁷² o automático artículos 241-3, 103, 104,107, y 379, los de los artículos 241-7, 212,213,215 y a través del llamado control concreto mediante la acción de tutela y la inaplicación de una norma por inconstitucionalidad por vía de excepción, permiten al Juez que “conoce” el derecho, desbordar los límites y controles establecidos mediante la misma carta al poder judicial, para crear derecho aplicado al caso concreto, con lo cual -en algunos casos- suplanta la labor del poder legislativo y ejecutivo.

Para ello se ha valido también de la llamada “unidad normativa o de materia”; así lo ordena el inciso tercero del artículo 6º del decreto 2067 de 1991, que regula la unidad normativa, al señalar:

*“...El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas **y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales** (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

¹⁷² La oficiosidad, desde el punto de vista procesal, se entiende como la potestad del juez en tomar una decisión dentro de un proceso respecto de determinado acto, sin que medie solicitud de parte.

El Juez Colombiano en materia constitucional puede confrontar la disposición acusada con la totalidad de los preceptos de la Constitución¹⁷³; y declarar la unidad de materia como proyección de normas no acusadas por los ciudadanos, cuando ejercen la acción de inconstitucionalidad. (CP arts 1º, 40-6º y 241)¹⁷⁴.

Pero además el conflicto no solo se limita al llamado choque de trenes entre las altas cortes, éste se traslada a todos y cada uno de los jueces de la república cuando ejercen como juez constitucional. Lo anterior por cuanto el control constitucional en Colombia se compone de un control concentrado y abstracto a través de la Corte Constitucional ya sea previo, por vía de acción o de oficio y de un control concreto o difuso a través de todos los jueces de la república. Esta es la principal razón por la cual el uso del aforismo se ha extendido en forma importante en la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional, en razón a que todos los jueces conocen e interpretan el derecho en forma singular sin que medie una sistematización de los precedentes jurisprudenciales expedidos por las altas cortes.

El sistema de precedente vinculante que pretende imponerse en nuestro sistema jurídico, es de difícil implementación, porque no existe sistematización de la jurisprudencia y desentrañar la ratio decidendi debe hacerlo el juez del caso concreto en cada pronunciamiento judicial, sin que haya acuerdos en la forma de hacerlo.

¹⁷³ En efecto, el artículo 29 del Decreto 432 de 1969 estableció: "Conciérne a la Corte Suprema de Justicia, confrontar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas, con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y si encontrare que han sido transgredidas por el proyecto, ley o el decreto, normas constitucionales distintas de las indicadas en la objeción, intervención o demanda, o que la violación de ellas se han realizado por causa o en forma diferente de la invocada, procederá a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

¹⁷⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 1º: "Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"; el artículo 40 ibídem señala: "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: ...6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley";

Si las altas cortes no se ponen de acuerdo en el precedente vinculante, es difícil que lo haga un número plural de jueces. Un caso exitoso de jurisprudencia sistematizada es la del Tribunal Constitucional del Perú¹⁷⁵, el cual permite conocer la *ratio decidendi*, razón de la decisión o subregla jurídica aplicada al caso concreto, en forma previa a la resolución del caso. Allí a ésta jurisprudencia sistematizada se le denomina “Sentencia Normativa”, con lo cual incorporan la misma como fuente del derecho. En Colombia no existe el instrumento y le corresponde al juez posterior que analiza el caso concreto, desentrañar la regla de derecho que supuestamente debe conocer.

En un óptimo sistema de precedente judicial todas las cortes y los jueces tienen identificado el precedente judicial y su obligación es aplicarlo, lo cual brinda seguridad jurídica, siempre y cuando el mismo haya sido adoptado por el legislador.

En Colombia, algo se avanza al respecto y es así como en el artículo 114 la ley 1395 de 2010, se ordenó a las autoridades que ejercen función administrativa, tener en cuenta en materia ordinaria y contenciosa el precedente jurisprudencial para resolver un caso análogo sometido a su consideración, que el tema haya resuelto en cinco o más casos. Sin embargo, el operador jurídico conserva el mismo problema. No existe sistematización de casos análogos que puedan ser consultados al momento de resolver el caso concreto.

Por lo anterior es que podemos sostener que el aforismo *iura novit curia armoniza más con el sistema europeo de control de constitucionalidad*¹⁷⁶ que centraliza la guarda de la constitución en un órgano supremo para garantizar la coherencia del sistema jurídico, que con el control de constitucionalidad estadounidense que busca proteger al individuo y por tanto cualquier Juez está habilitado para declarar

¹⁷⁵ http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis.php

¹⁷⁶ LOZANO, Luis F. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. Primera Reimpresión. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 2007. Pág.189.

la invalidez de la ley, lo que se denomina control difuso por el número de órganos que lo ejercen.

En suma, el control constitucional en Colombia es mixto, -por cuanto sobre la constitucionalidad de una ley no solo se puede pronunciar la corte constitucional a través de las sentencias de constitucionalidad, sino que también lo puede hacer cada uno de los jueces de la república que actúa como Juez constitucional a través de las sentencias de tutela, que conceden o niegan un derecho en la acción de tutela o amparo constitucional como se conoce en otros países-, lo cual genera una dispersión de jurisprudencia obligatoria de tal magnitud, que le impide al Juez posterior “conocer el derecho” para aplicarlo al caso concreto al no estar sistematizadas las decisiones de los jueces. También los litigantes se pierden en la maraña de subreglas jurisprudenciales al momento de presentar la demanda, lo cual impide el acceso a la administración de una pronta y cumplida justicia. Adicionalmente el control de constitucionalidad lo puede solicitar cualquier ciudadano, el ministerio público, o el juez puede hacerlo de oficio en los casos establecidos en el artículo 241 de la Constitución Política.

Como bien se sabe, con antelación a la promulgación de la constitución de 1991, el Estado de derecho liberal se desarrolló como Estado legislativo, el Juez estaba supeditado a las decisiones del legislador –la tensión Juez - democracia era casi inexistente, lo cual significaba la sumisión del Juez a la ley, permitiendo que éste se limitara a “decir el derecho” que previamente había sido aprobado por el legislador, lo cual controlaba la actividad judicial al conocer y aplicar el texto constitucional o legal en forma predominantemente literal.

En el Estado Social de Derecho creado en 1991, se le confió a la Corte Constitucional y a todos los jueces de la república la guarda y supremacía de la Constitución, es decir el Juez constitucional solo se halla sometido a la Constitución, pero a renglón seguido el constituyente señaló que dicha guarda y

supremacía debía ejercerla “*en los estrictos y precisos términos*” del artículo 241 de la CP, lo cual ha sido desconocido sistemáticamente por la Corte, al ampliar los términos confiados por el constituyente.

Pasamos de un estado liberal que sostenía que el legislador es sabio (optimismo legislativo), al estado constitucional que sostiene que el Juez constitucional es sabio (Optimismo judicial), se sacralizó la actividad del Juez en detrimento del legislador¹⁷⁷.

Estas funciones otorgadas por la asamblea nacional constituyente de 1991, sin ningún control excepto el del artículo 230 de la CP, son ampliadas a través de jurisprudencia que emite el mismo órgano, hasta asumir las funciones de legislador o del ejecutivo, a través de las llamadas sentencias moduladas las cuales ya no se limitan a la declaración de inconstitucionalidad, sino que alteran los efectos de la norma expedida por el legislador como lo veíamos anteriormente.

Es decir el Juez ya no solo “conoce el derecho”, sino que lo crea, ampliando la concepción del aforismo de conocer el derecho, entenderlo como deber, a la de la facultad de poder crearlo. Sentís¹⁷⁸, señalaba que la actitud del juez frente al derecho ha de ser la de “conocerlo y, por tanto, de estudiarlo; su facultad de interpretarlo; su libertad en la aplicación”¹⁷⁹, y es en la facultad de interpretarlo y la libertad de aplicación en la cual se escuda la Corte Constitucional para incursionar en el terreno de los otros poderes.

Cepeda sale en defensa de la Corte Constitucional manifestando que la Corte “*no se mete en todo, sino que la meten en todo*”¹⁸⁰, por ello ve necesario y saludable el debate académico y público que se origina en las sentencias de la Corte.

¹⁷⁷ CHINCHILLA, Tulio Elí. Notas de clase. Universidad de Medellín. Agosto de 2009.

¹⁷⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO. Iura Novit Curia. OP.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 12

¹⁸⁰ CEPEDA, Manuel. (2007). POLÉMICAS CONSTITUCIONALES. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Pág. 122.

Pareciese que el Juez constitucional desconociera o viera de soslayo los artículos 121 y 122 de nuestra Constitución que rezan:

Artículo 121: Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Artículo 122: No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento.....

Éste mandato del constituyente coloca una cortapisa a todos los poderes del Estado, para que actúen con sujeción a la Constitución y la ley y evitar la concentración de poder en un solo órgano, mandato que se exige cumplir rigurosamente por parte de los jueces al poder ejecutivo y al poder legislativo, pero que es reinterpretado a favor del poder judicial en detrimento del legislador o el ejecutivo.

Molina¹⁸¹, se atreve a expresar esta idea de la siguiente manera: “ *Sin embargo, el Juez constitucional ha abusado de sus competencias y ha generado un desorden institucional jamás visto en Colombia, sin que hasta el momento se evidencien límites razonables a la extensión de su competencia.*”¹⁸²

Pero adicionalmente si se demanda la inconstitucionalidad de una interpretación del Juez, en la cual por el uso del aforismo se extralimite o modifique o module la ley, tampoco existirá mayor dificultad en encontrarla ajustada a la carta política según lo consignado en la Sentencia C-309 de 2009

52. El control sobre interpretaciones judiciales de las leyes ha de cumplirse de un modo tal que pueda conciliarse con los rasgos característicos del control de constitucionalidad instaurado en Colombia, que no es control de la aplicación de la ley ni instrumento orientado a producir una eventual

¹⁸¹ MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. Universidad del Rosario. Bogotá.D.C, Colombia.

¹⁸² *Ibíd.* Pág. 263.

corrección de problemas suscitados en la praxis judicial , corrección que, incluso, cabría intentar ante la autoridad competente y de conformidad con las reglas y oportunidades procesales establecidas para cada tipo de procesos, mas no mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad .

53. La solución, en sede de control de constitucionalidad, de debates surgidos a propósito de la interpretación de la ley, también afectaría el carácter abstracto del control, carácter que, de una parte, limita la posibilidad de enjuiciar la aplicación de la ley y, de otra, indica que el juicio ha de proponerse y realizarse, “al margen de cualquier litigio concreto, ya que cualquier ciudadano puede demandar cualquier ley, aún cuando ésta no lo afecte directamente”¹⁸³ .

Como podemos observar, el Juez constitucional con las atribuciones que se ha otorgado para sí y en aplicación del aforismo *iura novit curia*, puede incursionar en otros campos sin temor a quebrantar el supuesto orden jurídico que el mismo ha interpretado en su favor, sin que pueda oponérsele otro poder en dicha decisión.

La anterior posición jurisprudencial se ha acompañado de otras en las cuales se protege al Juez constitucional por su labor interpretativa de caer en el delito de prevaricato.

Para curarse en salud sobre el cambio de jurisprudencia, o el desconocimiento que de ella o de la norma haga el Juez constitucional, se consignó en la sentencia C 335 de 2008 lo siguiente: “...**Ahora bien, la situación es bien distinta cuando se está ante casos novedosos, donde realmente no se puede hablar de que los servidores públicos hayan desconocido la jurisprudencia sentada por una Alta**

¹⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-309 de 2009. Referencia: expediente D-7454.Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 340, inciso 2 (parcial), y 345 de la Ley 599 de 2000 (parcial), “Por la cual se expide el Código Penal”, respectivamente modificados por los artículos 19 y 16 de la Ley 1121 de 2006. Demandante: Néstor Iván Osuna Patiño. Magistrado Ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009).

Corte la cual conlleve, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”...

Y continúa “...**La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.**”¹⁸⁴.”

Vale decir que el término “caso novedoso”, bien puede ser aplicado a los eventos en los cuales el Juez Constitucional se adentra en las funciones que corresponden a otras ramas del poder público y el cambio de jurisprudencia es la herramienta utilizada para ello, utilizando el aforismo INC, razón por la cual en ningún caso sería responsable de infringir la ley penal.

El Juez en los procesos constitucionales no es el Juez jurisdiccional, por tanto innova. Aquí se aplica la llamada igualdad material ante la ley.

Núñez¹⁸⁵ resume así éste conflicto, “*la novedad es que la justicia constitucional legítima con argumentos éticos y normativos esta manera indeseable de proceder, al reconocerles derechos sin fuente legal, y de base constitucional discutible, y además permite que estos criterios prevalezcan en las sentencias así hayan sido derrotados en el proceso político*”¹⁸⁶.

Estas decisiones no están sometidas al debate público, razón por la cual la voluntad de las mayorías debe ceder ante la racionalidad del Juez constitucional,

¹⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335/08. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada Vélez y otros. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

¹⁸⁵ NÚÑEZ, Antonio José. MANIFIESTO POR UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL RESPONSABLE. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2005.

¹⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 27.

con el agravante que el razonamiento jurídico que utilizan, es poco ortodoxo y se parece más a un razonamiento axiológico, en el que los valores de la ideología política del Juez, priman sobre la ideología del órgano de representación popular, del gobernante de turno, o de la misma sociedad, presentándose de ésta forma la toma del poder por parte de grupos minoritarios o de la oposición, a través de las decisiones judiciales. Esta posición jurisprudencial representa un riesgo para algunas corrientes políticas cuando no están representadas en el órgano judicial y mucho más para corrientes económicas que propugnan por el libre comercio, la globalización o la disponibilidad de los derechos por parte de las partes intervinientes en las transacciones comerciales.

Sin embargo, Dallas Vía¹⁸⁷ considera que la defensa de las minorías por parte del poder judicial, es la expresión del verdadero significado del principio democrático, *“preservando los derechos de las minorías de los potenciales abusos de las mayorías parlamentarias”*¹⁸⁸ y concluye frente a las transacciones comerciales objeto del derecho comercial y de éste trabajo *“ el mercado es apto para formar precios pero no para crear valores sociales. Es a la Justicia a quien compete preservarlos”*¹⁸⁹. No obstante, mientras el Juez resuelve reconocer o negar el derecho subjetivo de unos pocos accionantes, el poder legislativo puede solucionar la mayoría de los casos mediante la adopción de leyes que prohíban una conducta o reconozcan un derecho. La manera disfuncional en que se manifiesta el conflicto constitucional no es argumento para que una rama del poder público se entrometa en la función de otra como lo ha defendido la Corte Constitucional en la sentencia T 406 de 1992. Por el contrario, lo que debe hacer el máximo órgano de guarda de la constitución es compeler al poder legislativo para que adopte las medidas que den solución a los problemas planteados y no

¹⁸⁷ DALLAS via, Alberto Ricardo y otros. LOS JUECES ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. Bogotá, Colombia. 2008.

¹⁸⁸ Ibidem. Pág. 64.

¹⁸⁹ Ibid.

asumir la función de “crear derecho”. El Estado constitucional o el estado social de derecho no abdica de la separación de poderes, por el contrario, los invita a trabajar armónicamente en la consecución de los fines constitucionales.

Esta colisión, confrontación, u omisiones, se presenta entre diversas autoridades, o también dentro de una misma rama del poder público.

El constituyente de 1991 aunque mantiene la división entre las ramas y órganos del poder público, obligándolos a colaborar en forma armónica como lo establece el artículo 113 de la Constitución Política, para lograr el cumplimiento de los fines del Estado (Art 2º CP), no previó la posibilidad de que en Colombia se pudiera implementar el llamado gobierno de los jueces con lo cual el aforismo estudiado ya no es un anacrónico dicho latino, sino un verdadero y actual mandato. El conocimiento del derecho ya no corresponde a un deber del Juez, sino a un problema epistémico relacionado con la posibilidad de que el operador jurídico conozca en forma exacta el derecho, lo cual puede variar según las formas de entender e interpretar el mundo o las relaciones sociales y económicas en determinadas épocas, con la consecuente inestabilidad o inseguridad jurídica para quienes acuden a fuentes del derecho que no se encuentran positivizadas por el legislador.

Bernal¹⁹⁰ plantea este dilema diferenciando entre la dimensión institucional y la dimensión de corrección que debe observar el Juez en la aplicación de los derechos fundamentales, a los cuales ya pertenecen los derechos económicos. Señala que *“desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales, allí donde no es claro si la constitución ordena o prohíbe algo, el tribunal constitucional disfruta de una discrecionalidad para decidir. Por su parte, desde la perspectiva de la*

¹⁹⁰ BERNAL Pulido, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2008.

corrección, existen argumentos para sostener la tesis de que el tribunal constitucional debe respetar los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria” ¹⁹¹. Es decir para que de acuerdo con el principio democrático, donde no puede conocerse que es aquello que los derechos fundamentales ordenen o prohíben, se pronuncie el legislador.

La constitución establece poderes para que una rama u órgano limite al otro, con relación de iguales y no de subordinación, para obligarlos entre sí a colaborar en la resolución del conflicto, o también se establecen instancias o jerarquías para revisar las decisiones del inferior, lo cual no ha sido suficiente para controlar lo que ahora se denomina activismo judicial o el gobierno de los jueces.

La labor del Juez constitucional apoyada en el *iura novit curia* implica en los procesos de control de constitucionalidad abstracta, en el que el accionante no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional (acciones de inconstitucionalidad o acciones populares), que la misma deba ser decretada aún en contra de la voluntad del accionante, porque la defensa de la constitución es considerada de orden público o de interés general y aquí existe otro sujeto con interés jurídico suficiente, la comunidad, lo cual no puede ser desconocido por voluntad de las partes (principio dispositivo), aunque en el derecho colombiano no se le reconozca ésta calidad al accionante del proceso de inconstitucionalidad; y en el control de constitucionalidad concreto, en el cual hay una relación jurídica donde alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo (acciones de tutela), el Juez debe inaplicar la norma legal así esta no haya sido citada o la haya interpretado erróneamente. Lo anterior por cuanto las normas constitucionales no son negociables o de ellas no puede disponer el particular interesado en accionar o buscar la protección de sus derechos fundamentales. Tampoco puede renunciar a los derechos que le otorga

¹⁹¹ *Ibíd.* Pág. 67.

la Constitución, con la excepción de aquellos que le aseguran una relevante esfera a la individualidad, de la que solo el titular del derecho puede disponer. Así si la constitución otorga el derecho a la propiedad privada, la misma en caso de ser propietario de un terreno le permite disponer del mismo por causa entre vivos o testamentaria, así mismo, si se tiene el derecho a la educación, nadie puede obligar al ciudadano a ejercer el derecho, pero si lo reclama, el Juez como garante del estado social de derecho debe proteger o buscar el acceso del ciudadano a la misma.

Esta es la razón por la cual el aforismo *iura Novit Curia*, tiene en la jurisdicción constitucional amplia acogida y desarrollo jurisprudencial, a diferencia del derecho privado en el cual aún se conservan algunas barreras que impone el principio dispositivo. Son procesos que se debaten entre lo jurisdiccional y lo político, por tanto usan y en algunos casos abusan de la figura de INC.

Así se desprende del número de pronunciamientos sobre el tema hecho por las altas cortes. Mientras el investigador encuentra en consulta jurisprudencial – sentencias de casación- y tutelas, en la página web de la Corte Suprema de Justicia¹⁹², solo 40 que hacen referencia al aforismo *iura novit curia*, y 19 como *jura novit curia*; e igualmente se registran 53 sentencias en el Consejo de Estado con el aforismo *iura novit curia*¹⁹³ y una con el aforismo *jura novit curia*¹⁹⁴, en la Corte Constitucional¹⁹⁵ se rastrea por el mismo medio 54 registros de sentencias de tutela e inexecuibilidad con el aforismo *iura novit curia* y 991 con el aforismo *jura novit curia*.

El hecho de incorporar el elemento político en la resolución del conflicto constitucional, como lo ha hecho la Corte acudiendo al aforismo, pareciese un gran avance en el derecho contemporáneo. Sin embargo, el maestro Calamandrei

¹⁹² <http://www.cortesuprema.gov.co/>

¹⁹³ <http://190.24.134.67/pce/consultaavanzada2.asp?muno=Descriptor&mdos=iura%20novit%20curia>

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/query.idq>

advertía desde 1940 que “*Sustituir el imperio de la ley uniforme que emana de un único centro por un sistema de producción descentralizada del Derecho en el que la potestad de mandar se encontrase distribuida y dispersa entre miles de funcionarios encargados de distribuir el derecho del caso por caso querría decir resquebrajar la unidad del Estado y encaminarlo hacia esa peligrosa disgregación centrífuga que ha sido justamente considerada uno de los síntomas de la degeneración de los regímenes democráticos*”¹⁹⁶.

En nada se diferencia esta postura que criticaba el llamado derecho libre, de la que tendría ahora, sobre el activismo judicial colombiano, triunfante desde la expedición de la constitución de 1991, aunque dicha aseveración estaba dirigida a criticar la justicia en la Rusia bolchevique, donde el Juez no se equivocaba porque era intérprete y ejecutor de la voluntad del Estado, constituido por las masas de la cual él era parte y por tanto compartía con ellas sus concepciones de vida y conciencia jurídica y tenía como fin criticar el fascismo dominante en Alemania, que le atribuye al Juez la facultad de no tener en cuenta la ley cuando les parezca envejecida y contraria al bien de la comunidad popular, o el haber abolido la prohibición de la analogía del código penal, que le otorgó al Juez la facultad de castigar cualquier hecho, que aún sin ser declarado punible por la ley, le parezca, no obstante, merecedor de sanción “*según el sano sentimiento del pueblo*”¹⁹⁷.

2.4.2. El derecho administrativo y el aforismo INC

También se registra el uso del aforismo *iura novit curia* en el derecho administrativo. Existen incluso obras dedicadas al estudio de la aplicación del aforismo o como lo llama el profesor Gustavo Penagos¹⁹⁸ principio *iura novit curia*,

¹⁹⁶ CALAMANDREI, Piero. FE EN EL DERECHO. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Madrid, España. 2009. Pág. 93.

¹⁹⁷ Ibid. Pág 90.

¹⁹⁸ PENAGOS, Gustavo. EL DAÑO ANTIJURÍDICO, Aplicación del principio IURA NOVIT CURIA. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. 1997.

en el que sostiene que el principio en el caso del derecho administrativo colombiano se ha aplicado desde 1989¹⁹⁹, para lo cual cita sentencias del alto tribunal de lo contencioso administrativo.

En esta área del derecho administrativo, se ha utilizado el aforismo *iura novit curia* en las acciones de reparación directa, para adecuar fundamentos de derecho diferentes a los propuestos en la demanda y la causa petendi, pero limitando la actividad del Juez de acuerdo a los hechos acreditados y probados en el proceso. Lo anterior por cuanto en la demanda de reparación directa no se requiere la calificación jurídica del régimen de responsabilidad por aplicar, en este caso la antijuridicidad no es producto de la conducta sino del hecho dañoso, carga que no tiene porque soportar la víctima. Es decir, si el demandante sufre los daños ocasionados por un hecho o acto de la administración o sus agentes y además de ello se equivoca en la fundamentación de derecho al instaurar la demanda, lo estamos condenando de antemano a sufrir la denegación de justicia, en contra de los postulados constitucionales que consagran los fines del Estado Social de Derecho, artículo 2º de la C.P., entre ellos la vigencia de un orden justo y la protección de la vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades.

La razón para que dicho aforismo, se haya manifestado preferencialmente en ésta área del derecho, se debe a que es un producto elaborado por el derecho judicial y no por el órgano legislativo y porque según Botero²⁰⁰ también el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia es de “*pura creación pretoriana*”²⁰¹, motivo por el cual, aunque no exista norma que lo consagre, el Juez “*ha aplicado en sede de acción de reparación directa el principio iura Novit Curia*”.

¹⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente 4655. Consejero ponente: ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO.

²⁰⁰ BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2007

²⁰¹. Ibídem. Pág. 119.

En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo señaló lo siguiente: *“Con fundamento en el principio **“iura novit curia”** - expone el hecho que el Juez conoce el derecho-, el Juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la **inadecuada escogencia de la acción por parte del actor** no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.(...)”*²⁰²

Otro doctrinante, en escrito del año 2005, sostiene que *“la obligación de aplicar el derecho, con el presupuesto de conocimiento del mismo por parte del Juez, no está expresamente determinada por el ordenamiento jurídico, ni de modo particular para algunos jueces o algunos proceso o asuntos, ni mucho menos de manera general para la administración de justicia”* ²⁰³, lo que obliga al Juez a una interpretación que resulta bastante complicada en razón a que no solo debe “conocer” la norma sustancial o procedimental que regula la acción específica, sino que debe, en virtud del aforismo *iura novit curia*, aplicar el “bloque de constitucionalidad” para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Carta Política.

El tema ha despertado inquietud en algunas publicaciones de jurisprudencia²⁰⁴, que reseñan sentencia de diciembre 4 de 2006²⁰⁵, en la cual el Consejo de Estado

²⁰² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, expediente. 15662, M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

²⁰³ OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. FACULTADES IURA NOVIT CURIA Y REPARACIÓN INTEGRAL. REVISTA Memorias de las V jornadas de derecho constitucional y administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005.

²⁰⁴ GACETA JURISPRUDENCIAL 167. Editorial LEYER. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 87.

señala que en la demanda de reparación directa de un daño, el Juez está facultado para efectuar el juzgamiento atendiendo a la norma jurídica que en razón de su conocimiento deba aplicar, aunque el régimen de responsabilidad aducido en la demanda haya sido errado o insuficiente, con la condición de que no se modifique la premisa menor o fundamento fáctico de las pretensiones incoadas. Soporta esta posición jurisprudencial en sentencia S-123 del 14 de febrero de 1995, en la cual se dijo: “...sí es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura Novit Curia*, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión...”.

Lo anterior por cuanto en la acción de reparación directa no se exige señalamiento de normas violadas ni concepto de la violación, razón por la cual el Juez debe aplicar el derecho que conoce de acuerdo al principio *iura novit curia*, y al respecto reitera que: “El Consejo de Estado comparte las razones jurídicas que dio el Tribunal para desestimar ese hecho, toda vez que, en primer lugar, en las acciones reparatorias no es exigible en el texto de la demanda el señalamiento de las disposiciones superiores y el concepto de la violación; tal requisito sólo se hace necesario en las acciones que tengan como objeto la nulidad de actos administrativos, como lo señala en el numeral 4º del artículo 137 del C. C. A; y, en segundo lugar, en las acciones reparatorias rige el principio *iura novit curia*, según el cual le corresponde al Juez aplicar el derecho vigente”²⁰⁶.

Esta posición es más clara cuando se discute la responsabilidad patrimonial del Estado. Aquí el principio *iura novit curia* se aplica íntegramente, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte corresponde al Juez señalar

²⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia de diciembre 4 de 2006. Expediente, 50422233100094219201 (16.092)

²⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá, D. C., uno (1) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 76001-23-31-000-1993-08858-01(16287).

la norma aplicable al caso. En este caso, a pesar de que la parte actora fundamente su demanda por ejemplo en la teoría de la falla del servicio -probado o presunto-, bien puede el Juez o Tribunal examinar la responsabilidad patrimonial de la administración pública desde una perspectiva o régimen diferente.

Por ejemplo, en el caso de un actor que solicitó en sede judicial una pensión de invalidez, al no serle concedida le fue reconocida una indemnización en aplicación de la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, que declaró exequible el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que enseña que cuando el fallador advierte que la administración ha violentado un derecho fundamental relacionado con la seguridad social, la vida en condiciones dignas y la salud, entre otros, debe entrar a reconocerlo, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 228 de la Carta, así no hubiese hecho parte de las normas violadas ni del concepto de la violación esgrimido en la demanda.

Dijo al respecto al Consejo de Estado *“Por todo lo anterior, no se aplicará en este caso el principio de la justicia rogada que ha caracterizado por años a esta jurisdicción, sino que por el contrario es deber del Juez decidir por fuera de lo pedido, con el fin de garantizarle al demandante sus derechos sustanciales, los cuales deben prevalecer cuando los hechos expuestos en el libelo así lo determinen, de acuerdo con el viejo aforismo latino “Da mihi Factum, dabo tibi ius” (Dame los hechos y yo te daré el derecho)*²⁰⁷.

Ahora bien, en acciones de nulidad la posición jurisprudencial de la alta corporación ha sido diferente. En efecto, cuando el actor yerra al citar la norma violada, prescinde de la construcción o elaboración jurídica del cargo o hace un

²⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación N° 25000232500020000776903 (2066-06)

inadecuado análisis del concepto de violación correspondiente, se le permite al fallador negar la pretensión incoada por insuficiencia en la formulación del cargo.

En acción de nulidad no opera el principio *iura novit curia*, porque en este evento la jurisdicción es rogada y la presunción de legalidad de la norma *traslada la carga de la prueba de su ilegalidad al administrado*²⁰⁸.

Cuando el actor no atina en su análisis a concretar la norma y por tanto la que propone no era aplicable o no propone la aplicable como violada, el fallador no está jurídicamente posibilitado para elaborar de oficio la estructura jurídica del cargo y acomodarlo a las resultas probatorias, de hacerlo rompe el equilibrio procesal entre las partes y quebranta el derecho de defensa de la parte demandada, quien no fue convocada a la defensa en función de la Ley o norma violada realmente y que no ha sido citada en la demanda.

Sobre el punto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia del 14 de febrero de 1995, expediente No. S-123, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos, había expresado:

“Los fundamentos de derecho, por su parte, están constituidos por las normas jurídicas en las que cree el demandante encontrar el fundamento de sus pretensiones y respeto de ellos es posible, como principio general, que el Juez pueda interpretarlos o adecuarlos al caso en estudio; por eso se afirma que el Juez debe «aplicar el derecho» cualquiera que sea la norma que lo contenga, haya sido o no citada o alegada por la parte y sin necesidad de probarla toda vez que no

²⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031)

constituye su causa petendi y no inciden en el principio de la congruencia de la sentencia.

Lo anterior que es lo que se conoce como el principio *iuria novit curia* y que otros términos se define con la afirmación del Juez «*Dadme los hechos que yo te daré el derecho*» (*Da mihi factum, dabo tibi ius*) **resulta válido en los procesos civiles, laborales o penales, pero no en los juicios contencioso administrativos, en los que se juzgan actos administrativos**, respecto de los cuales la ley expresamente establece la exigencia de que en la demanda se precisen las normas que se consideran violadas, definiendo así el alcance de la controversia propuesta a consideración del juzgador (*negritas propias*).

Con posterioridad, en sentencia de 2006 la alta corporación consideró que “*El Principio de la Jurisdicción Rogada, nace como una manera moderadora al principio de la “Jura novit curia”, que impone al juzgador el deber de aplicar la ley vigente, así no haya sido invocada por la parte interesada en la demanda.*

Entonces, para los procesos de impugnación de actos administrativos se exige una mayor técnica jurídica porque fuera de que se deben determinar las normas que se estiman violadas por la actividad de la Administración, se tiene que explicar el sentido de la infracción. Si se enuncia la violación defectuosamente calificada y no da al traste con la acción si ciertamente ella se produjo, es ahí cuando entra la facultad interpretativa del fallador.

La discusión de legalidad de los actos administrativos encauza el juicio dentro de un marco axiológico sustancialmente diverso, descargando en quien aduce la infracción, el deber de informar al sentenciador cuáles disposiciones estima transgredidas; éste, a su vez, está llamado a desentrañar el sentido de la norma y determinar si la conducta administrativa es lesiva del derecho contenido en la norma invocada.

Por lo tanto, cuando la ley señala la necesidad de citar las disposiciones violadas, no se cumple este requisito con la simple enunciación del ordenamiento a que pertenece la norma o normas infringidas, sino que ha de señalarse con la mayor puntualidad. Adicionalmente, ha de expresar la trascendencia y el sentido de la supuesta infracción, es decir, el concepto de violación”²⁰⁹.

En la anterior sentencia se acoge el salvamento de voto que hiciera el ahora consejero ponente, en sentencia de la Sección Segunda, de fecha 17 de julio de 2003, C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda, actor: Nasly Argenis Tovar Rodríguez, expediente Nro. 994-01. En la referida sentencia, salvo voto el Consejero Alejandro Ordóñez Maldonado, el cual se sustenta en que el principio de la jurisdicción rogada es una exigencia procesal y por ende, no puede ser desconocido en la elaboración de las demandas que se tramiten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero *el mismo puede ser menguado cuando quiera que se advierta la flagrante y manifiesta violación de los derechos que corresponden al actor*²¹⁰.

Esta interpretación jurisprudencial, deja una puerta abierta a la aplicación del aforismo *iura novit curia*, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se trata de proteger derechos de personas que ameritan una especial protección reforzada tales como: madres cabeza de familia, personas de la tercera edad, o personas con discapacidad, mujeres en embarazo, miembros de grupos minoritarios y así lo consigna en sentencia del 25 de noviembre de 2010:

En virtud de lo anterior, puede señalarse que a partir de la renuncia del señor Ernesto Manzanera Jiménez, la sanción moratoria aplicable al tardío pago de sus cesantías, es la regida por la Ley 244 de 1995 y no por la Ley 50 de 1990, artículo

²⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C. veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006). Radicado número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04)

²¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, Bogotá, 17 de julio de 2003, expediente Nro. 994-01.

99 en concordancia con el Decreto 1582 de 1998 como lo manifestó el actor, concretándose aquí la razón para negar la pretensión objeto de análisis, habida cuenta que en libelo demandatorio no se alegó la violación de la ley 244 de 1995, ni se desarrolló el concepto de violación correspondiente. El a quo, sustentó su decisión en esta disposición, al exigir la prueba en el plenario del escrito en el que solicitó el pago de las cesantías definitivas o en su defecto, el acto en virtud del cual se ordenó la liquidación de las mismas; más no atinó en su análisis, a concretar que tal norma no había sido propuesta por el actor como violada y por tanto no era aplicable.

La insuficiencia de la demanda en la formulación del cargo, impone que la Sala exponga el argumento que le impide jurídicamente prescindir de la omisión en que incurre el libelista y que por supuesto como se ha visto, inhabilita la estimación de la pretensión por pago tardío.

En efecto, esta Sala ha sido respetuosa del principio establecido en el artículo 228 de la C.P., tratando de buscar complementariedad con el artículo 137 del C.C.A , lo que en ocasiones la ha conducido a dar vida a una especie de comunicación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho con **el principio iura novit curia**, en razón a que los derechos en cuestión tocan con personas que ameritan un esquema de protección reforzada y además, siempre que una solución judicial en esos términos no lesione el derecho del debido proceso y a la defensa efectiva de la parte demandada.

No obstante lo anterior, la deficiencia en la formulación de los cargos al indicar la violación jurídica que respalda la súplica de protección al derecho, suele operar en plenitud para condicionar el sentido de la sentencia en supuestos como el que nos ocupa, en el que el libelo demandatorio prescindió de construir la elaboración jurídica del cargo, tal como se observó al precisar la distinción que existe entre la normatividad que regula la consignación de las cesantías, de aquella referida a su pago luego de culminada la relación laboral.

En esta circunstancia es evidente que el fallador no está jurídicamente posibilitado para elaborar per sé la estructura jurídica del cargo y acomodarlo a las resultas probatorias, de hacerlo rompe el equilibrio procesal entre las partes y quebranta el derecho de defensa de la parte demandada, quien no fue convocada a la defensa en función de la Ley 244 precitada. De manera que, el principio de derecho procesal según el cual la demanda condiciona la sentencia, aquí cobra plenitud²¹¹.

De igual manera la jurisdicción contencioso administrativa permite la aplicación del aforismo en los procesos de acciones populares con el argumento de que si el aforismo rige para los procesos de reparación directa y en forma atemperada para los de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se requiere la protección de un derecho fundamental, con mayor razón deberá aplicarse en procesos por medio de los cuales se protegen derechos colectivos. El Consejo de Estado ha reiterado que la aplicación de la ley se debe hacer conforme a los hechos expuestos, conocidos por el demandado, por lo que no se vulnera su derecho de defensa al aplicar el mencionado principio *"que da por descontado el conocimiento que tiene el Juez del derecho aplicable y le impone la obligación de aplicarlo sobre los hechos alegados y probados..."*²¹², independientemente de la calificación jurídica de la demanda hecha por el demandante.

También ha sostenido que se puede adecuar la acción de cumplimiento a la acción popular cuando esté de por medio la vulneración a un derecho colectivo que merezca especial protección del aparato judicial del Estado, siempre y cuando la jurisdicción sea competente. Este aspecto, se refuerza, por el hecho de que *el legislador quiso optar por vías ágiles y efectivas para la protección de los derechos, en las que se pueda enderezar la acción constitucional cuando el actor omite o*

²¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de Noviembre de dos mil diez (2010). expediente n° 25000232500020040175401 (0814 - 2009).

²¹² CONSEJO DE ESTADO Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166.

*descuida la vulneración que de fondo pueda generar un caso objeto de demanda, posición que el legislador en ningún momento establece como taxativa para aplicarse únicamente entre la acción de cumplimiento y la acción de tutela*²¹³.

Es una característica de la justicia administrativa que sea rogada y por lo tanto inicialmente se consideraba que en ella no era aplicable el principio *iura novit curia*, pero hoy precisa con relación a dicha característica tres excepciones: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la Administración, si no que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización; en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se proteja derechos fundamentales de personas con protección especial reforzada; y en acciones populares que protegen derechos colectivos. En ellos el Juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es el caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante.

Como vemos la aplicación del aforismo se viene expandiendo, al igual que en las acciones constitucionales, en el derecho administrativo.

Esta posición doctrinal y jurisprudencial esta soportada en consideraciones de tipo garantista, que pretenden el abandono de los conceptos un tanto anacrónicos que sacrifican el deber de administrar justicia en aras de insulsos procedimientos, que más que técnica jurídica, se convirtieron en fórmulas sacramentales que solo podían ser conocidas por el Juez y que impiden hacer efectiva la justicia material consagrada en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política de Colombia,

²¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Bogotá, D.C., ocho (8) de Marzo de dos mil dos (2.002). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-3904-01(ACU-1235)

porque como lo sostiene Ramirez, “*el debido proceso implica necesariamente el cumplimiento de la tutela judicial efectiva*”²¹⁴.

2.4.3. El Derecho laboral y el INC

La Corte Suprema de Justicia en sede de casación ha permitido que el Juzgador modifique la calificación jurídica de la demanda en materia laboral. Por ejemplo, aunque el demandante solicita la pensión legal por despido injusto que consagran los artículos 8 de la ley 171 de 1961 y 74 del Decreto 1848 de 1969, ha concedido la pensión sanción que gira en torno al artículo 133 de la ley 100 de 1993, soportado en el aforismo *iura novit curia* “*corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se discute*”²¹⁵.

En virtud del aforismo *iura novit curia* el Juez laboral ha contemplado la posibilidad de que se puedan expedir pronunciamientos de carácter *ultra petita* y *extra petita*²¹⁶. Las decisiones *ultra* y *extra petita* son facultades privativas del Juez, en arreglo al artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adoptado mediante decreto ley 2158 de 1948 y modificado por la ley 712 de 2001. que permiten en el primer caso conceder lo alegado y algo más y en el segundo conceder una tutela no solicitada por el demandante.

Prescribe el artículo citado: *ARTÍCULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a*

²¹⁴ RAMÍREZ, Diana. “A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL”, en OPINIÓN JURÍDICA V6 No 12, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2007. Pág. 175.

²¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER. Acta no. 03. radicación no. 12572. Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil (2000).

²¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Magistrado Ponente EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. Referencia: Expediente No. 36749. Acta No. 02. Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil diez (2010).

las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Esta construcción legal ha permitido que la jurisprudencia en materia laboral también haya sido prolífica en la utilización del aforismo *iura novit curia*.

El Juez no se limita entonces a estudiar la causa imputandi o el elemento jurídico de la demanda, sino que como conocedor del derecho debe acudir a los principios para la aplicación de las normas laborales. Entre éstos tenemos el principio de norma más favorable, que opera cuando existan dos o más normas, cualquiera que sea su rango, aplicables a un caso concreto, en éste caso, se aplicará la que, apreciada en su conjunto, sea más favorable para el trabajador. La norma en cuestión se aplicará en su totalidad, es decir, no se puede tomar lo favorable de una norma y rechazar lo adverso. Y también el principio *in dubio pro operario* el cual significa que los jueces o tribunales, en caso de duda sobre la aplicación de la norma, la interpretarán de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador.

2.4.4. El derecho penal y el INC

El Juez o magistrado de control de garantías no está facultado para discutir el *nomen iuris* que la fiscalía le ha dado a los hechos por los cuales se realiza la formulación de imputación. Situación distinta se predica de la solicitud de medida de aseguramiento en donde el Juez o Magistrado competente, en aplicación del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, debe verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física de donde se infiere que el imputado puede ser autor o partícipe de una conducta punible, y de manera adicional comprobar la correcta tipificación.

“De suerte que tal norma vincula al juez con funciones de control de garantías con la verificación de elementos de convicción que lo conduzcan a acreditar la tipicidad de la conducta formulada de manera fáctica en la imputación, y por supuesto, de

la correcta tipificación; sin que la modificación del nomen iuris que provisionalmente postula la Fiscalía en la formulación de imputación suponga conculcación del principio acusatorio, dado que la solicitud de medida de aseguramiento no es en estricto sentido un acto propio del debate probatorio oral que caracterice el proceso acusatorio, sino la discusión sobre la limitación de un derecho del justiciable (libertad personal) propia de cualquier sistema procesal.”²¹⁷

La posibilidad que tiene el Magistrado con funciones de control de Garantías de variar la tipificación no genera vulneración del principio de congruencia dado que este se predica únicamente de los hechos relevantes, los cuales deben ser concordantes en la imputación, el escrito de acusación, los alegatos de conclusión y el fallo, contrario a la denominación jurídica la cual puede variar al transcurrir el debate probatorio.

Lo anterior se desprende de los artículos 448 y 443 de la Ley 906 de 2004; Código de Procedimiento Penal, en donde se exige a la fiscalía una tipificación expresa tan sólo al momento de realizar los alegatos de clausura, según lo estipulado en dichas normas y que rezan:

ARTÍCULO 443. TURNOS PARA ALEGAR. El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación.

A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado.

Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 16 de diciembre de 2010. Radicado 33.039.

Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados.

ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

En conclusión, hace parte de las posibilidades del Juez o Magistrado con Función de control de garantías imponer medida de aseguramiento por la descripción legal que considere tipificada, aún distanciándose de la identificación típica de los delitos realizada por la Fiscalía, eso sí, sin salirse de la imputación fáctica, entendiendo por ésta los hechos que consten en la acusación.

Este momento procesal en que se produce la calificación jurídica hecha por la fiscalía, o la imposición de la medida de aseguramiento, no se extiende a ningún otro y constituyen un verdadero límite a la facultad deber del juez de conocer el derecho, *iura novit curia*, el cual solo debe regir después de éste momento, para escoger una opción legal más favorable al imputado. Lo contrario es incompatible con las actuales concepciones del derecho de defensa, por cuanto el debate probatorio exige la contradicción de las pruebas presentadas por la fiscalía y no puede sorprenderse al imputado con una calificación jurídica posterior en razón a pruebas no aducidas o interpretadas en su contra con posterioridad al momento de presentar los alegatos de clausura, momento procesal que puede ser utilizado por la defensa para controvertirlas.

Al respecto Michelle Taruffo²¹⁸ sostiene que no se puede hablar del hecho separándolo completamente del derecho, ya que el proceso constituye un contexto

²¹⁸ TARUFFO, Michele. LA PRUEBA DE LOS HECHOS. Editorial TROTTA. Madrid, 2005. Pág. 92 y ss.

jurídico donde se demuestran o confirman hechos para resolver controversias jurídicas, destacando que los hechos son identificados sobre la base de criterios jurídicos representados por las normas aplicables para decidir la controversia específica. Es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho y la elección del juez estará subordinada a la controversia concreta, tanto en el plano fáctico como jurídico.

2.5. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO COMERCIAL

2.5.1. El concepto de globalización

La globalización es un proceso fundamentalmente económico que consiste en el cambio hacia una economía mundial con un mayor grado de integración e interdependencia²¹⁹. Este proceso como fenómeno social “*no es equiparable a la expansión del sistema económico capitalista como tradicionalmente se ha entendido, sino que es asimilado como la interacción, interrelación e interdependencia entre los diversos pueblos del planeta tierra*”²²⁰, es decir, no se limita exclusivamente a las relaciones económicas.

Existen diferentes acercamientos para abordar éste fenómeno y su impacto es visible en el desarrollo del conocimiento, la tecnología y las relaciones sociales, no obstante, su influencia en el derecho parte principalmente de la costumbre mercantil como *modus operandi* de los negocios internacionales que requiere ser regulado.

Como lo hemos señalado, la globalización en materia comercial permite que emerjan normas que no necesariamente emanan del Estado Nacional, sino que

²¹⁹ HILL, C. NEGOCIOS INTERNACIONALES: COMPETENCIA EN EL MERCADO GLOBAL. McGraw Hill. Ciudad de México. México. 2007.

²²⁰ RODRIGUEZ A, Gustavo Andrés. GLOBALIZACIÓN DERECHO Y DESARROLLO (Primera ed., Vol. 2). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., Colombia. 2008. Pág. 59.

corresponden a prácticas comúnmente aceptadas en el comercio internacional. Estas prácticas tienden a uniformar el derecho y encuentran eco en los jueces que las aplican como derecho, en algunos casos autorizados por norma positiva, en algunos otros como consecuencia de su obligación de administrar justicia y solucionar el conflicto planteado.

La concepción de la naturaleza de estas normas, ya sea como hecho o como derecho, implica que se deban o no probar, al momento de la presentación de la demanda o en cualquier momento procesal e incluso influyen en la necesidad de otorgar recursos sobre la decisión tomada.

Resulta contradictorio que el auge del comercio, la empresa, industria, banca, tecnología, comunicaciones, información, trasmisión, intercambio, negociación (*e-business, e-commerce*), impulse simultáneamente la “deslegislación” o derogatoria de leyes que ya perdieron su vigencia o no se ajustan a la realidad del país o el comercio internacional, al impedir el buen manejo, adquisición y fluidez de la información legislativa para las entidades gubernamentales, comerciantes, inversionistas y para el público en general; la “juridificación” o traslado de la resolución de controversias de la esfera del acuerdo de voluntades y demás instancias convencionales, para ubicarlas en el plano jurisdiccional; y la “descodificación” de los códigos. Un buen ejemplo de lo anterior es el cambio realizado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) a los términos de comercio internacional INCOTERMS en 2010. Luego de 10 años de uso de los INCOTERMS 2000, bautizados así por el año en que fueron promulgados, la CCI decidió siguiendo el llamado de empresarios y gobiernos, reformularlos en 2010 para que se ajusten a la realidad del comercio internacional.

La tendencia a codificar las normas constituyen "una técnica legislativa", cuya tradición jurídica busca un objetivo garantista para “*asegurar las libertades y*

*derechos de los ciudadanos ante el Estado, para lo cual se procedió a separar el derecho privado del público y dentro de este algunas ramas especiales, tales como el derecho penal y los derechos procesales. Fue así que surgieron, originalmente, códigos como el civil, el penal, el comercial y los procesales, a los cuales se sumarían luego otros, algunos de los cuales responderían más bien a un ánimo sistematizador que el afán de proteger ciertos derechos*²²¹.

Con la expedición de regímenes específicos, normas temporales y la explosión de normas de impulso legislativo, que van en contravía del rol del régimen político y económico local, a más de alimentar la dirección de la economía a escala mundial con la liberación del mercado, se propugna la extensión y propagación del derecho del consumo y la protección del consumidor, la responsabilidad del productor, el ejercicio de posición dominante, el control de las desigualdades e inequidades, la internacionalización del derecho mercantil, la '*lex mercatoria*', los principios para los contratos del comercio internacional, los contratos del comercio electrónico, los contratos del derecho contractual europeo y las soluciones del *common law*.

Todos estos conceptos o normas comportan una relatividad conceptual, normativa y política y la adaptación de la mercantilidad y del contrato a la dinámica del sistema jurídico local y global, las más de las veces con pretensiones de especificidad, autonomía y singularidad, hacen del comercio una fuente inagotable de normas y costumbres en materia comercial. Cassese permite dimensionar solo una parte de la complejidad de la globalización jurídica, cuando afirma que "*existen más de 50.000 tratados internacionales registrados en la ONU, un número no calculado de reglamentaciones, directivas y otros actos provenientes de las organizaciones internacionales o transnacionales (solo la Unión Europea ha*

221 CORTE CONSTITUCIONAL.Sentencia C-362/96 agosto 14. Magistrado Ponente doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Tema: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 140 del Decreto - Ley 2150 de 1995.

*emanado cerca de 1500 en el año 2000; el número total desde 1957, se desconoce, pero ocupan más de 80.000 páginas)”*²²². Es decir la dinámica que imprime la globalización de la economía, impulsa a su vez la creación, desaparición y la explosión normativa del derecho comercial, lo que implica una constante necesidad de actualizar al Juez en dichas materias.

No puede pretender el sistema jurídico global, que la evolución del mismo no requiera constante capacitación, intercambio de conocimientos, bases de datos y legislación, entre los diferentes actores y operadores jurídicos, para conocer los alcances de acuerdos, voluntades, o reglas acordadas en una transacción comercial que puede involucrar no solo las normas internas correspondientes a los estados de los intervinientes, sino también las que se encuentran por fuera de la disponibilidad de las partes por tratarse de normas que garantizan derechos humanos, seguridad nacional de los estados, o que afecten o vayan en contra de acuerdos o tratados internacionales debidamente ratificados por los estados.

Lo anterior genera para el Juez una gran paradoja, por cuanto entre el deber de conocer el derecho y el poder aplicarlo al caso concreto, existe una barrera infranqueable de normas jurídicas que no han sido producidas en el ámbito de su esfera de conocimiento o información, debido a que existe a escala global una multiplicidad de órganos, que aunque internamente tienen procedimientos institucionalizados, no logran consenso sobre la validez de las normas para su aplicación en la mayoría de las naciones. La existencia de múltiples órganos que producen normas jurídicas en materia comercial y que relacionamos a continuación, nos hacen concluir parodiando a Teubner, que el Juez conoce el derecho o la norma legal aplicable al caso *“solo cuando se ha decidido el caso concreto”*²²³.

²²²CASSESE, Sabino. LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2006. Pág. 17.

²²³TEUBNER, Gunther y Otros, ESTADO SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN, Siglo Del Hombre Editores, Bogotá, Colombia. 2010. PÁG 81.

2.5.2. Organismos internacionales y la producción de normas en materia comercial

2.5.2.1. UNIDROIT, UNCITRAL, Lex Mercatoria

Existe una tendencia unificadora en materia de derecho comercial a nivel global, según evidencian el '*Contract Code de McGregor, Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Londres, 1994; el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (*Common European Code of Private Law*, 30 de octubre de 1995 y 24 de marzo de 1997); *The Principles of European Contract Law* (julio de 1998); *los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT* (Roma, 1994); la '*Lex Mercatoria*'; la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías²²⁴ (UNCITRAL, 11 de abril de 1980).

Esta tendencia es impulsada por diversos organismos de carácter público y privado del orden nacional e internacional.

Uno de ellos es el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado UNIDROIT, organización intergubernamental independiente con sede en Roma, creada en 1926 y reconstituida en 1940 con la expedición del Estatuto UNIDROIT. Tiene por fin el estudio y armonización del derecho civil y comercial entre los Estados, sean o no miembros de la organización. Colombia hace parte de dicho organismo y como tal suscribe convenios, que se convierten en un importante elemento para impulsar y promover canales de cooperación y desarrollo, lo cual se encuentra en consonancia con los artículos 9º, 226 y 227 de la Constitución Política, que orientan la política exterior del Estado colombiano, y que se refieren al manejo de las relaciones internacionales, en tanto relaciones políticas, económicas, sociales y laborales sobre las bases de la equidad, reciprocidad y

²²⁴ http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin_faq.html

conveniencia nacional, así como, el respeto de la soberanía nacional y el respeto a la autodeterminación de los pueblos.

Este organismo respalda y financia proyectos como el del American Law Institute, que pretende con base en la teoría unitaria del derecho procesal, establecer un código único en materia civil y comercial con principios básicos y reglas generales²²⁵, que puedan ser o estén recreadas en la legislación interna de cada estado. Lo anterior para garantizar la “seguridad jurídica” que todo inversionista reclama para efectuar transacciones en diversos países.

Este proyecto de principios y reglas del proceso civil transnacional *cuyo último borrador fue revisado en 2002*²²⁶, cuenta entre sus autores a los profesores Michele Taruffo, Geoffrey.C. Hazard y Rolf Sturmer, involucra normas para aplicar a controversias surgidas en materia comercial (Capítulo II literal B Nral 2.1) por ser éstas una derivación de las civiles, pero se ha encontrado con obstáculos como la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos.

Rodríguez, presenta una *clasificación de sistemas jurídicos basado en criterios socioeconómicos y culturales*²²⁷ y rechaza criterios como clasificación por fuentes del derecho, raza, ubicación geográfica o ideología. Concluye que las familias o tradiciones jurídicas del mundo son: Familia Romano-Germana, Familia del Common Law, familia Islámica, Familia Socialista, Familia del Lejano Oriente, las tradiciones del derecho Hindú y las tradiciones del derecho Africano. Esta diversidad de familias jurídicas, la mayoría de ellas por fuera del criterio de universalidad o eurocentrista de la civilización occidental, no solo requieren de la confección de normas que reflejen los procedimientos utilizados en las relaciones comerciales, sino sus creencias y cultura, lo cual representa un desafío mayor que el abordado.

²²⁵ <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2878/8.pdf>

²²⁶ QUIROGA León, Anibal. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. Editorial Moreno S.A. Lima, Perú. 2008

²²⁷ RODRIGUEZ A, Gustavo Andrés. . GLOBALIZACIÓN DERECHO Y DESARROLLO (Primera ed., Vol. 2). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá,D.C., Colombia. 2008.

La cultura entendida como un conjunto complejo de elementos tales como el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, las leyes, las costumbres y otras capacidades que adquiere una persona al pertenecer a una sociedad, engloba además modos de vida, ceremonias, arte, invenciones, tecnología, sistemas de valores, derechos fundamentales del ser humano, tradiciones y creencias. A través de la cultura se expresa el hombre, toma conciencia de sí mismo, cuestiona sus realizaciones, busca nuevos significados y crea obras que le trascienden. A esto se enfrenta el Juez en todo momento para entender las motivaciones que permite a cada parte, negociar o llegar a acuerdos que trascienden a una relación comercial, que puede estar sujeta a controversias o conflictos surgidos de la misma.

2.5.2.2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL).

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), fue establecida por la Asamblea General en 1966 (Resolución 2205 XXI, del 17 diciembre de 1966). Según la propia UNCITRAL, la Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos al comercio, y consideró que la Comisión constituiría la instancia idónea para que las Naciones Unidas pudieran desempeñar un papel más activo en la reducción o en la eliminación de esos obstáculos.

La Asamblea General de Naciones Unidas encomendó a la Comisión (UNCITRAL) la labor general de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional. A partir de ello, la UNCITRAL se ha convertido en

el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional.

Hasta el momento, la Comisión está integrada por 36 Estados miembros, elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y cada tres años expira el mandato de la mitad de ellos.

Las principales áreas de trabajo de la UNCITRAL son:

1. Compraventa internacional de mercaderías y operaciones conexas
2. Transporte internacional de mercaderías
3. Arbitraje y conciliación comercial internacional
4. Contratación pública
5. Contratos de Construcción
6. Pagos Internacionales
7. Insolvencia transfronteriza
8. Comercio Electrónico

2.5.2.3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD).

Este organismo proporciona información a los gobiernos sobre temas de desarrollo, economía y política social, compara experiencias, busca soluciones a problemas comunes y trabaja conjuntamente en la coordinación de políticas

locales e internacionales. Los países afiliados sólo deben cumplir con dos requisitos fundamentales: una economía de mercados, y una democracia pluralista. Por tal motivo se han incluido países como Japón, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, México, República Checa, Hungría, Polonia y Corea. La integran 29 países.

2.5.2.4. Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

Constituye un esfuerzo por unificar las economías del Hemisferio Occidental en un solo acuerdo de libre comercio. Fue iniciado en la Cumbre de las Américas, llevada a cabo en diciembre de 1994 en la ciudad de Miami en la que participaron 34 países de la región con el fin de establecer un "área de libre comercio de las Américas" (ALCA). Sus decisiones se encuentran en la Declaración de Principios y el Plan de Acción de la Cumbre las negociaciones del ALCA incluyen temas tales como: un régimen común de inversiones, compras al sector público y políticas de competencia, que no se encuentran actualmente consideradas bajo el marco de la OMC y que aún no forman parte de los acuerdos existentes entre gran número de países.

2.5.2.5. Cámara de Comercio Internacional (ICC)

Organización empresarial mundial, que funge como único organismo representativo capacitado para hablar con autoridad en nombre de las empresas de todos los sectores de cualquier parte del mundo. Fomenta un sistema abierto de inversiones y de comercio internacional y la economía de mercado.

Las empresas y asociaciones miembros practican el comercio internacional, razón por la cual la ICC tiene una autoridad indiscutible a la hora de establecer normas que rijan los intercambios comerciales. Tales normas aunque voluntarias, son

aplicadas diariamente en innumerables transacciones y han influenciado la normatividad que rige el comercio internacional.

La ICC sirve como Corte Internacional de Arbitraje y se le otorgó el rango de organismo consultivo al más alto nivel ante la ONU y sus organismos especializados, lo cual la hace la principal institución de su clase en el mundo, generando doctrina en temas de política de comercio e inversiones así como en temas vitales técnicos o sectoriales que incluyen servicios financieros, tecnologías de la información, telecomunicaciones, ética del marketing, medio ambiente, transporte, leyes de la competencia y propiedad intelectual, entre otros. Agrupa a miles de miembros procedentes de más de 130 países.

La Cámara Internacional de Comercio (ICC) diseñó las llamadas **INCOTERMS** (International Commercial Terms) o definiciones estándares de comercio utilizadas con mayor frecuencia en los contratos internacionales de ventas. También se denominan cláusulas de precio, pues cada término permite determinar los elementos que lo componen. La selección del incoterm influye sobre el costo del contrato.

Todos los contratos acordados después del 1 de enero del 2000 utilizan la versión de los Incoterms 2000, la cual consta de 13 normas que se sustituyen a partir del 1º de enero de 2011 por la versión Incoterms 2010 que contiene once normas.

Los Incoterms determinan los siguientes aspectos del comercio internacional:

- El alcance del precio
- En qué momento y dónde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercancía del vendedor hacia el comprador
- El lugar de entrega de la mercancía
- Quién contrata y paga el transporte

- Quién contrata y paga el seguro
- Qué documentos tramita cada parte y su costo

El uso permanente en el comercio internacional de los Incoterms, los créditos documentarios, los diversos formatos de contratos tipo internacionales que proporcionan estabilidad y seguridad por su carácter normalizado (máster agreements multiproductos, de compraventa internacional, de intermediación u otros acuerdos marcos de operaciones financieras tipo ISDA) y el creciente sometimiento a los arbitrajes internacionales en caso de discrepancias son manifestaciones evidentes de modernas prácticas comerciales. ISDA representa a los participantes de la industria privada de negocios derivados, es una de las más grandes asociaciones de comercio financiero del mundo, medido por el número de firmas miembro. Estos miembros incluyen la mayoría de las grandes instituciones que tratan de negociar los derivados financieros en privado, así como a muchas de las empresas, entidades gubernamentales y usuarios finales de actividades económicas, interesados en gestionar eficazmente los riesgos inherentes a la esencia del mercado financiero.

Es una inmensa paradoja para el positivismo, el hecho de que existan normas escritas, cada vez en mayor número, que no provienen del legislador y que conozca de las discrepancias generadas un funcionario que no está investido de jurisdicción conferida por el Estado.

Fruto de las necesidades de las relaciones mercantiles mundiales (globalizadas) creadas por la clase empresarial/comercial (business community) surge la Lex Mercatoria, como un Derecho sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Entre sus características más importantes se encuentra la de que no precisa recurrir, en su mayor parte, a la fuerza coactiva monopolizada por los Estados; se disciplina por las propias reglas uniformes generadas

espontáneamente entre los actores comerciales de los mercados mundiales y se fundamenta en cuatro elementos básicos según Peña:

- *Usos y costumbres mercantiles: Son prácticas o hábitos comerciales que por realizarse repetidamente por los comerciantes, han llegado a convertirse en auténtica fuente de derecho.*
- *Reglas Uniformes relativas a cobros: Principales reglas que deben observar los bancos en sus operaciones de cobro.*
- *Reglas y usos relativas a los créditos documentarios: Son las reglas que se observan en la mecánica bancaria de pagos de la compraventa internacional.*
- *INCOTERMS: Reglas que determinan el alcance de las cláusulas comerciales que se incluyen en el contrato de compraventa internacional*²²⁸.

Excepcionalmente se recurre a los órganos jurisdiccionales de los Estados nacionales para hacer cumplir ciertos laudos no acatados voluntariamente. Los Estados, además de intervenir en estos casos sólo subsidiariamente, ven cómo pierden cada vez más el control y planificación de sus recursos financieros, físicos y económicos.

2.5.2.6. Organización Mundial de Comercio (OMC)

Es un órgano internacional de carácter público que se ocupa de las normas que rigen el comercio de los países. Su núcleo está constituido por Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el Comercio Mundial, los cuales establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional.

La OMC también impulsa el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), que constituye el primer conjunto de normas multilaterales aplicables

²²⁸ PEÑA Nossa, Lisandro. CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2010. Pág. 205.

jurídicamente en el comercio internacional de servicios. Este consta de tres elementos: el texto principal que contiene los principios y obligaciones generales; los anexos, que tratan de normas aplicables a determinados sectores; y los compromisos específicos de otorgar acceso a sus mercados contraídos por los distintos países.

Conocer y aplicar el derecho por parte del Juez, implica por tanto un mayor esfuerzo del operador jurídico y en especial de las partes, cuando de probar el derecho se trata.

2.5.3. Acuerdos comerciales suscritos por Colombia

El gobierno de Colombia, con el fin de garantizar el crecimiento económico del país y preparar la economía nacional para su desarrollo en un mundo globalizado, inició a finales de la década de los sesenta una serie de reuniones y acercamientos con sus vecinos geográficos y sus socios comerciales más importantes, buscando llegar a acuerdos que permitieran disminuir o eliminar las restricciones al comercio existentes entre los demás países y Colombia.

Los acuerdos comerciales más importantes para Colombia por el volumen de ventas que representan para nuestras empresas suscritos desde esa época son: Comunidad Andina (CAN) que tuvo su origen en el pacto andino y que se complementa con el convenio suscrito entre la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) y MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay); el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA); la Ley de preferencias arancelarias andinas (ATPA), el cual no es un acuerdo comercial firmado por Colombia sino una ley de un país externo que favorece las exportaciones nacionales, el Andean Trade Preference Act (ATPA), o Ley de preferencias arancelarias andinas, es una parte del programa “Guerra contra las drogas” que el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, expidió el 4 de diciembre de 1991; y el Grupo de los Tres - TLC G-3 creado en San Pedro Sula (Honduras), el 28 de febrero de 1989. En este

lugar, los gobiernos de México, Colombia y Venezuela firmaron el Tratado de Libre Comercio G-3, dando origen, el 1 de enero de 1995, a una zona de libre comercio de 145 millones de habitantes.

Igualmente, Colombia tiene acuerdos comerciales EEUU, el CARICOM (Área de libre comercio del Caribe), Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay, y hace parte de la Organización Mundial de Comercio OMC.

Recientemente -en 2011-, Colombia intenta negociar acuerdos comerciales y de inversión con, Australia, Singapur, Corea del Sur y Japón. La intención de suscribir estos acuerdos es promover y proteger inversiones para propiciar un mayor comercio bilateral. Se busca establecer compromisos de cooperación bilateral en temas como agroindustria, servicios, infraestructura, tecnologías de la información y telecomunicaciones.

Asimismo, Colombia y otros países esperan ingresar a Asia y Pacífico a través de la Asia-Pacific Economic Cooperation APEC, la cual está integrada por 21 países entre los que se encuentran China, Corea del Sur, Estados Unidos y los socios de América Latina -Chile, México y Perú-, una vez concluya en 2010 la moratoria para ingresar impuesta por algunos países.

La Apec es un mecanismo de cooperación económica, que va también tras la globalización y la integración de las economías es una de las regiones de mayor dinamismo del mundo. Representa cerca del 40 por ciento de la población mundial, más de la mitad del Producto Interno Bruto y casi un 50 por ciento del comercio global.

Esta organización, *“en virtud del carácter de mecanismo multilateral, no hace distinción entre tipos de Estado, credos o regímenes políticos, y con tal de que se*

*favorezcan las reglas del libre comercio, los países pueden estar comandados por regímenes socialistas o capitalistas civiles o religiosos*²²⁹.

Todos los tratados descritos, hacen parte de la legislación interna a través del bloque de constitucionalidad y deben ser conocidos por el Juez.

En la función de conocer o entender, interpretar y aplicar o decir el derecho, radica la importancia del tema del IURA NOVIT CURIA, pues sólo en el conocimiento que el Juez tiene del derecho ha de basar sus decisiones judiciales.

Determinar las fuentes del derecho con precisión, conocer los principios, valores y reglas del sistema jurídico, le permiten al Juez fallar conforme a derecho, y a los individuos prever o predecir, con algún grado de acierto, a partir de los hechos y con el conocimiento del derecho, el resultado del fallo judicial.

2.6. EL DERECHO COMERCIAL Y EL INC

2.6.1. La noción de contrato y la costumbre mercantil

Con la aparición de la empresa o actividad productiva organizada mediante la utilización de recursos técnicos, humanos y económicos para la producción, distribución, especulación y el tráfico masivo en el comercio, se introduce el criterio empresarial, hablándose en vez del derecho comercial, del comerciante y del acto de comercio; del derecho de la empresa, del empresario y del acto empresarial (Código de Comercio Decreto 410 de 1971, art. 20).

En general, la noción de contrato como acuerdo, nexo o vínculo, con función abstracta de cambio o cooperación, ha experimentado un notable proceso evolutivo desde la inclusión del concepto en el artículo 1495 del Código Civil

²²⁹ Revista Colombia Internacional N° 39. Título: APEC COMO INSTRUMENTO DE LA PROYECCIÓN COLOMBIANA EN EL PACÍFICO. Autor: Pío García Parra Tema: Edición Especial. Octubre - Diciembre de 1997 en: Páginas 4-8 <http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/257/1.php>

Colombiano aprobado mediante ley 57 de 1887 y vigente hasta la fecha. En la actualidad, se imponen deberes complementarios por la naturaleza del contrato, de la obligación o la equidad, obligaciones de seguridad, específicamente en los contratos de consumo y en la contractualización de la responsabilidad, por ejemplo, deberes de asesoría, información (profesional) en contratos de consumo, gestión y consejería, salud y con exigencia elevada de las cargas de la autonomía privada, lo cual puede ser exigido ante la jurisdicción.

Lo anterior no solo corresponde a la costumbre como fuente del derecho, sino también a la consagración normativa del Código de Comercio Colombiano, decreto 410 de 1971 que lo permite en el artículo 1º, al señalar que los casos no regulados por la ley comercial, serán decididos por analogía de sus normas.

Esta quizás es la potestad que consagra el aforismo del IURA NOVIT CURIA, en materia comercial en Colombia, al otorgar al Juez, la facultad de aplicar la costumbre o la norma mercantil vigente por su práctica pública, reiterada, y uniforme (Art. 3º Código de comercio), de manera análoga a las normas consagradas en el derecho positivo.

Con estas premisas, el contrato mercantil sirve a intereses de comerciantes, empresarios, productores, distribuidores e intermediarios frente a consumidores comunes, formalmente iguales ante los ordenamientos jurídicos pero disímiles en su posición económica, empresarial, política y religiosa en un marco caracterizado por la globalización, producción, comercialización y consumo a gran escala.

Las transacciones comerciales no solo se llevan a cabo entre países de la misma civilización o cultura, sino entre diversas civilizaciones entre las cuales Du Plessis identifica siete “*la occidental, la ortodoxa, la islámica, la hinduista, la confuciana, la japonesa y la africana*”²³⁰, introduciendo un nivel de dificultad mayor para resolver

²³⁰ DU PLESSIS, Laurent Arthur. LA TERCERA GUERRA MUNDIAL HA COMENZADO, INÉDITA EDITORES. Barcelona, España. 2005. PAG 44.

los conflictos de intereses que se presenten, en razón a que los países que integran o hacen parte de cada civilización tienen costumbres diferentes y un porcentaje significativo de los mismos no reconocen los organismos internacionales de “occidente”, como autoridades válidas para emitir regulaciones en torno al comercio, lo que ha impedido que las mismas sean universales como lo pretende la civilización occidental.

Lo anterior implica además de la celeridad, masificación, eficiencia, necesidad inmediata de bienes o servicios de consumo y mecanismos negociales expeditos de gran complejidad, sofisticación y uniformidad para satisfacer las expectativas de los sujetos, el entendimiento de la cultura o civilización que descarta o acentúa las nociones primigenias de la figura, acercándola al individualismo de occidente donde prima el lucro, al colectivismo de regímenes socialistas o al islamismo que impone prohibiciones al interés y la usura en las transacciones comerciales²³¹, insertándolas en un contexto que a más de reconocer la incidencia de intereses antagónicos, la diversidad de posiciones y asimetría de las partes, requiere de la cooperación o intercambio e impone deberes de corrección, lealtad, buena fe y un equilibrio armónico.

En efecto, la dinámica de los acuerdos o normas jurídicas que rodean las transacciones comerciales y el surgimiento de tan variadas y disímiles técnicas de contratación, por ejemplo la negociación electrónica computarizada, uso de máquinas que distribuyen bienes y servicios, ventas por *call center*, prestación de servicios a través de la red como el VTR (Virtual Tax Room)²³² para llevar contabilidad o elaborar declaración de renta, el workflow software y el teletrabajo, la computación en la nube para elaborar software o acceder a información y muchos otros modos de contratación, en los cuales es común que no haya

²³¹ IBÍDEM Pág. 98

²³² FRIEDMAN, Thomas., LA TIERRA ES PLANA, Editorial Planeta Colombiana S.A., Bogotá, Colombia. 2010. 5ª Ed, Págs. 23 y 80.

contacto entre los sujetos intervinientes, evidencian la mayúscula transformación de la noción de contrato y la necesidad de atender la realidad cultural, social, económica y política imperante en el medio, época y lugar con visión prospectiva en la actuación del derecho (*iura novit curia, mores novit curia*)²³³.

Entre los romanos, por *mores*²³⁴ se entendía la costumbre, usos sociales, el comportamiento que debían observar para ser tenidos como buenos ciudadanos, y evitar la represión del censor, que ejercía algunas atribuciones con respecto a la vida privada.

Esta práctica nos permite entender la evolución de la posibilidad de utilizar como fuente del derecho la costumbre, la cual en el artículo 8º del Código Civil Colombiano de 1887 se encuentra limitada y no tiene fuerza contra la ley, a diferencia del Código de Comercio aprobado en 1971 que permite en el artículo 3º la aplicación de la costumbre mercantil con la misma autoridad que la ley comercial.

Por ello, la noción de contrato, acuerdo dispositivo de intereses, expresión de la autonomía e iniciativa privada, la libertad contractual o de contratación, difiere en el ámbito civil y comercial.

El término contrato (*contractus, de contrahere*, lo contraído, de *negotium contractum* u *obligatio contracta*), designaba la convención creadora de obligaciones sancionada por el derecho civil, en tanto la convención o acuerdo subyacente en todo contrato, venía a ser un concepto más amplio, constitutivo, modificativo o extintivo de obligaciones.

Según el artículo 1495 del Código Civil “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada*

²³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M. P. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Sentencia del 1º de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01.

²³⁴ CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1979.

parte puede ser de una o muchas personas” y según el artículo 864 del Código de Comercio *“el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.*

No obstante la definición civil del contrato, no se reduce estrictamente al acuerdo genérico de obligaciones (art 1494) pues, la misma codificación estipula contratos para modificarlas o extinguirlas, entre ellos, la transacción (art. 2469). Tampoco, el objeto del contrato se confunde con el de las obligaciones, o sea, con la prestación y se diferencia del concepto comercial, porque no está limitado al campo de las relaciones jurídicas patrimoniales, extendiéndose al de las relaciones no patrimoniales, por ejemplo, las familiares.

Además de lo anterior, la diferencia entre el contrato civil y comercial, trata de efectuarse distinguiendo el derecho civil o de los ciudadanos comunes y corrientes frente a situaciones también comunes y corrientes, del mercantil o del comerciante y de los actos de comercio, planteándose criterios dicotómicos determinantes de la mercantilidad, inicialmente remitida a la calidad del sujeto -criterio subjetivo-, y al comerciante como profesional experto dedicado a la actividad mercantil y después al acto de comercio o actividades calificadas objetivamente como mercantiles, comprendiendo la hipótesis de su ejecución también por quienes no ostentan esa condición.

Lo anterior exigió la necesidad prioritaria de delimitar los actos de comercio, sus elementos, características o notas relevantes, entendiéndose por tales, bien los enunciados en la ley, bien los orientados al lucro (*animus lucrandi*), beneficio, circulación, explotación, especulación, o los ejecutados de manera reiterada, habitual, constante, en serie o en masa, caracterizados por la mediación o intermediación entre la oferta y la demanda, ya por la intención del sujeto, de los meramente civiles. La contraposición entre los criterios subjetivo y objetivo gestó la diferenciación de los actos de comercio mixtos por el sujeto y el objeto,

clasificando los actos mercantiles en absolutos u objetivos, actos subjetivos o relativos, actos mixtos o unilaterales, actos formales, actos principales y secundarios, actos compuestos y actos análogos dentro de una terminología confusa no solo para los comerciantes sino para el operador jurídico, con lo cual se introduce un singular nivel de dificultad a la actividad realizada por el juez, en la escogencia de la premisa mayor.

2.6.2. Principios procesales mercantiles

La doctrina distingue regularmente los siguientes principios, que obviamente deben gobernar al Juez en su decisión, al momento de aplicar el derecho que ha conocido por su experiencia, educación o por la actividad probatoria, analítica o descriptiva que hacen las partes en la presentación o contestación de la demanda:

a) Autonomía de la voluntad: El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, con las limitaciones señaladas en los artículos 822 a 831 del Código de Comercio.

b) Principio de Reserva de derechos: En los juicios mercantiles ejecutivos si en la sentencia definitiva se desestima la acción ejecutiva sin estudiar el fondo del negocio, se reservan los derechos al actor para que los haga valer en el procedimiento que estime pertinente según el artículo 335 del C.P.C.

ARTÍCULO 335 del Código de Procedimiento Civil. EJECUCIÓN. Cuando la ley autorice imponer en la sentencia condena en abstracto, una vez concretada ésta, podrá promoverse su ejecución en la forma aquí prevista.

La ejecución por condenas impuestas en sentencias de Tribunales Superiores en única o primera instancia o de la Corte Suprema en única instancia, se adelantará conforme a las reglas generales sobre competencia.

En las ejecuciones de que trata el presente Artículo, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia y la de pérdida de la cosa debida.

Lo previsto en este artículo se aplicará para obtener, ante el mismo Juez de conocimiento, el cumplimiento forzado de obligaciones reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en procesos declarativos finalizados por alguna de las dos circunstancias anteriores.

Y artículo 333 del Código de Procedimiento Civil que señala:

ART. 333 Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:...

4. Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

c) Principio Dispositivo: En los juicios mercantiles el impulso procesal le corresponde exclusivamente a las partes (Art. 44 y 75 y ss CC), excepto en la suspensión de pagos y en la quiebra que puede obrar de oficio el Juez, pero una vez se interponga la demanda o se haya dictado sentencia.

d) Principio de la doble instancia: Las resoluciones en los juicios mercantiles son apelables por regla general.

Aunque estos principios son un axioma que se aplica a ésta rama del derecho, no ocurre lo mismo en el derecho contencioso administrativo, penal o en las acciones constitucionales como lo señalábamos en capítulo anterior.

2.6.3. Las fuentes del derecho comercial y el INC

Las fuentes son entendidas como un conjunto de pautas compuesto por declaraciones de voluntad soberana (Art. 4º C.C Ley 57 de 1887), pero también como lo hemos señalado anteriormente, valores, principios morales, doctrina,

entre otros; que determinan la voluntad del legislador, o de la sociedad manifestados en una carta suprema, contribuyendo a dar contenido a las normas jurídicas aplicables en un Estado en un momento dado.

La primera fuente del derecho dependiendo de la tradición, si esta es anglosajona o continental, son los precedentes o decisiones de los jueces y la “norma”, *expresión general que tiene varios sentidos, uno de los cuales se refiere a la ley positiva o simplemente ley*²³⁵, que se manifiesta en códigos organizados racionalmente, fuentes que constituyen el llamado derecho positivo, entendido como 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 como el moral, religioso o ético, pues el jurídico en el derecho positivo, es el dictado por un poder soberano.

En el derecho positivo, las principales fuentes están dadas por los tratados internacionales, las Constituciones, las leyes, los reglamentos o los precedentes judiciales, pero otras como los principios generales del derecho consagrados por la jurisprudencia o la doctrina y la costumbre de una comunidad organizada, ejercen una mayor o menor influencia en un sistema jurídico según la materia.

En ésta última categoría se ubica la fuente del derecho que más le interesa al comercio internacional, la costumbre mercantil y la *lex mercatoria*, la cual es válida dependiendo del sistema jurídico que la reconozca o adopte como obligatoria.

Lo anterior por cuanto por norma jurídica también se puede entender aquel tipo de normas que no han sido creadas directamente por el legislador y se aplicaría el concepto para unos enunciados jurídicos que han sido creados por organismos internacionales y que pueden tener las mismas características de una Ley, en

²³⁵ QUINTERO M, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Universidad ICESI. Cali-Colombia. 2008. Pág. 30.

cuyo caso estaríamos haciendo alusión a normas tales como aquellas que han sido fruto de un proceso concertado en el seno de una organización internacional, sea de carácter público como puede ser el caso de las agencias adscritas a la Naciones Unidas, ejemplo, UNCITRAL o las normas del derecho convencional internacional de carácter privado UNIDROIT, la CCI o Cámara de Comercio Internacional con sus INCOTERMS, etc., y por ley extranjera aquellas normas que han sido expedidas directamente por un legislador.

Sin embargo el artículo 4º del Código de Comercio Colombiano -decreto ley 410 de 1971-, le otorga un estatus superior a las estipulaciones contractuales, que no contraríen la ley, sobre las normas legales supletivas y las costumbres mercantiles.

El Juez al aplicar el derecho, no solo deberá conocer el que nace de las fuentes formales, sino también el que nace de las fuentes materiales y las estipulaciones contractuales, para lo cual las partes deberán probar los acuerdos o convenciones a que hayan llegado, mediante una actividad probatoria previa al proceso judicial o en el proceso mismo de conformidad con lo estipulado en los artículos 188, 189, 190, 193 y 259 del C.P.C y los artículos 6º, 8º y 9º del Código de Comercio, que señalan las reglas para la prueba de la costumbre mercantil nacional, extranjera y la internacional respectivamente.

Gómez²³⁶ expresa su asentimiento a la aplicación del aforismo en materia comercial como un deber del Juez para aplicar la ley *oficiosamente aunque las partes omitan señalarla o indiquen disposiciones equivocadas*²³⁷, pero a renglón seguido señala que lo anterior solo vale para las leyes nacionales, por cuanto para las extranjeras las mismas tienen carácter de hechos que se deben enunciar en la

²³⁶ GÓMEZ Duque, Arturo. DERECHO COMERCIAL. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, Colombia. 1988.

²³⁷ Ibídem. Pág. 74.

demanda según el artículo 75 Nral 6º y demostrarse su existencia conforme a lo estatuido por los artículos 188, 189 y 190 del C.P.C.

Todas las fuentes anteriormente descritas constituyen derecho, el cual debe ser aplicado por el Juez Colombiano. Sin embargo, autores como Teubner expresan que, *“la tradicional doctrina de la validez de las fuentes jurídicas no considera derecho, por ejemplo, el derecho transnacional que se ocupa de las transacciones económicas (conocido como Lex Mercatoria) ni otras formas de producción en las que no participa el Estado. Ellas pueden ser costumbres, reglas, obligaciones contractuales, normas profesionales, intra o interacuerdos organizacionales, laudos arbitrales, pero no derecho”*²³⁸.

El Código de Comercio Colombiano parece dar la razón al autor, cuando exige como requisito para la prueba de la costumbre mercantil la práctica pública, reiterada y uniforme de la misma en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella (art 3º) y ello introduce un nivel de dificultad mucho mayor en el conocimiento del derecho por parte del Juez, por cuanto por fuera de su esfera de conocimiento se conciben regulaciones que no solo no son prácticas inveteradas, sino que constituyen verdaderas innovaciones que no surgen de una comunidad organizada sino de bufetes de abogados, u organizaciones privadas que incursionan con un nuevo producto en materia comercial en el mundo.

2.6.4. El derecho comercial

El Código de Comercio enuncia los actos, operaciones y empresas mercantiles (Título II, Libro Primero), las actividades mercantiles (art. 20), empresariales (art. 20, ordinales 10 a 18), las que no son mercantiles (art. 23), los negocios accesorios o conexos (art. 21 y 822), los mixtos (art. 22), disciplina al comerciante

²³⁸ TEUBNER, Gunther y Otros, ESTADO SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN, Siglo Del Hombre Editores, Bogotá, Colombia. 2010. PÁG. 37

(art. 10) individual o colectivo (art. 100), al empresario (arts. 20, 515 ss.), dispone la aplicación de la ley mercantil a quien ejecuta una operación comercial, aún en forma ocasional o esporádica (art. 11), o cuando el negocio es mercantil para una de las partes (art. 22), entendiendo por tales los previstos así en la norma o los conexos, derivados o consecuentes a la actividad principal, dentro de éstos, los de garantías (art. 21 y 822).

La característica más importante del derecho comercial es la negociabilidad, por tanto el Juez no tiene atributos policivos o políticos, dada la materia reservada a las partes.

Este es quizás, el primer obstáculo que se genera en la aplicación del *Iura Novit Curia* en materia comercial por parte de la Corte Suprema de Justicia; la disponibilidad de las partes para incorporar normas de carácter no nacional, las cuales tienen orígenes en diversas organizaciones internacionales de carácter público o privado.

En lo concerniente al régimen jurídico aplicable al contrato comercial, con arreglo al artículo 1º del Código de Comercio *“los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”*, al tenor del artículo 2º ibídem, *“en las cuestiones comerciales que no puedan regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la ley civil”* y según el artículo 822, *“los principios que gobiernan la formación de los actos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”*.

Estas normas introducen en nuestro derecho positivo el llamado principio dispositivo del derecho, el cual también tiene soporte en convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia.

Ahora bien conforme al principio dispositivo, sobre los hechos en materia civil y comercial, el Juez no puede hacer interpretaciones que comprometan la imparcialidad del juzgador, ni aplicar el aforismo INC para suplir los yerros de la partes por la falta de conocimiento del derecho.

Lo anterior por cuanto el mismo se constituye en una expresión constitucional del poder reconocido a los particulares de disponer de su propia esfera jurídica, según lo consagrado en el artículo 58 de nuestra Constitución Política que garantiza *la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles*, entre los que se encuentran los derechos económicos, los cuales según la clasificación entre derechos personales o reales pueden ser renunciados (art 15 del C.C.), transados (art. 2469 del C.C.), cedidos (arts. 1959 a 1969 del C.C.) y los bienes sobre los que recae el derecho pueden ser donados (art. 1443 del C.C.), cedidos (art. 1672 del C.C.), comprados (art 1849 del C.C.), entre otras decisiones de la esfera del titular del derecho.

Sin embargo, cuando el estado jurisdicción interviene en la resolución de conflictos suscitados en el tráfico de los derechos reales o personales, aparentemente surge una incompatibilidad entre los valores que orienta el principio dispositivo, cual es la voluntad de disponer del derecho particular y de la esfera privada, versus el interés público que pretende resolverlo con la intervención del aparato estatal, lo cual exige la publicización del proceso por pertenecer al derecho público. Esta dicotomía se resuelve permitiendo al titular del derecho acudir o no ante la jurisdicción, en virtud del principio *nemo iudex sine actore* (no hay Juez sin actor), *ne procedat iudex ex officio* (no proceda el Juez de oficio), consagrados en nuestra normativa procesal en los artículos 2º “*Los procesos solo podrá iniciarse por demanda de parte*”, con las excepciones que consagre la ley y el 44 del C.P.C. que otorga la capacidad de comparecer a un proceso a las “*personas que pueden disponer de sus derechos*”.

En efecto, la convención de Viena de las Naciones Unidas (sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías), organismo al que pertenece la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) consagra el principio dispositivo del derecho comercial en la PARTE I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES, de las notas explicativas. Dicha nota señala lo siguiente:

B. Autonomía de las partes

*12. El principio básico de la libertad contractual en la compraventa internacional de mercaderías se reconoce en la **disposición que permite que las partes** excluyan la aplicación de la Convención o establezcan excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modifiquen sus efectos. La exclusión de la Convención más frecuente resultaría de la elección por las partes de la ley de un Estado no contratante o de la ley nacional de un Estado contratante como ley aplicable al contrato. Las excepciones a la Convención se producirían siempre que una estipulación del contrato dispusiera una norma diferente de las que se encuentran en la Convención²³⁹.*

Esta norma tiene amplio sustento legal en Colombia, por haber sido suscrita mediante acuerdos o tratados internacionales debidamente ratificados por el congreso.

Lo anterior nos lleva a afirmar que en la resolución del conflicto surgido entre comerciantes que han acudido a la lex mercatoria, o que utilizan los mecanismos alternativos de resolución del conflicto, en los que no hay Juez, el Estado pierde la soberanía, porque no hay leyes expedidas por el soberano.

²³⁹ <http://www.cnucci.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>.

Ahora bien si todo es negocio, si las partes pueden disponer de sus derechos y los mismos no son conocidos por el Juez, no hay *lura Novit Curia* cuando se trata de solucionar conflictos originados en la *lex mercatoria*, ya que no son resueltos por la Jurisdicción, en la que el Juez dice el derecho, lo que implica el deber-poder de conocerlo.

Solo existirán mecanismos alternativos de resolución de conflictos como el arbitramento o la conciliación, y en caso de haberse acudido a la jurisdicción, imperarán las formas de terminación anormal del proceso como la transacción, el desistimiento, el allanamiento establecido en el artículo 92 del C.P.C. pero no *lura Novit Curia*.

El Código de Procedimiento Civil regula las figuras de terminación anormal del proceso de la siguiente manera:

TRANSACCIÓN

ARTÍCULO 340. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Para que la transacción produzca efectos procesales, deberá presentarse solicitud escrita por quienes la hayan celebrado, tal como se dispone para la demanda, dirigida al Juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a éste, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción autenticado; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes, por tres días.

El Juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas

las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme. Si la transacción sólo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, o sólo se celebró entre algunos de los litigantes, el proceso o la actuación posterior a éste continuarán respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá precisar el Juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo.

Cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa.

Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo Juez que conoce del proceso resolverá sobre éstas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el Juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas otorgará un término de cinco días o señalará fecha y hora para audiencia, según el caso.

DESISTIMIENTO

ARTÍCULO 342. DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA. El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. *Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.*

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada.

El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

En los demás casos el desistimiento sólo impedirá que se ejerciten las mismas pretensiones por igual vía procesal, salvo que el demandante declare renunciar a ellas.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario en el artículo 51.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo Juez cualquiera que fuere su cuantía

Sin embargo por expresa disposición del Código Civil Colombiano artículo 20, en materia de bienes situados en territorios extranjeros, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, estarán sujetos a las disposiciones del Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia, sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Por ello resulta contraria a

derecho la celebración de contratos o la venta como mercancía del patrimonio general de la Nación y el Juez no podrá aceptar la transacción. Igualmente tampoco podrá aceptar el allanamiento y el mismo será ineficaz en los casos del artículo 94 del C.P.C., especialmente en los derechos que no son de carácter dispositivo, lo cual no sucede con los derechos patrimoniales surgidos de una relación comercial.

Igualmente, según lo consigna Peña²⁴⁰, la libertad para contratar en el derecho internacional que se consagra en el artículo 1.1 de los principios de UNIDROIT, tiene su propio límite en el artículo 1.4 el cual establece que *“estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes del derecho internacional privado”*²⁴¹.

2.6.5. La costumbre

Para establecer el alcance que tienen las estipulaciones entre las partes, así como la obligatoriedad o validez de la costumbre en un régimen jurídico, -circunstancia que valora el Juez al efectuar las inferencias que le permiten formular la regla de juicio que aplicará al caso concreto-, es necesario dilucidar si el sistema jurídico normativo en materia comercial autoriza la utilización de otras fuentes del derecho diferentes a las establecidas por el legislador, entre ellas la costumbre y las estipulaciones contractuales, para resolver el conflicto que se presenta en las diferencias que surjan de un acuerdo o contrato, no solo en el territorio que se reputa soberano, sino también en la aldea global.

El Código de Comercio o decreto ley 410 de 1971, incorpora como fuente formal del derecho la costumbre mercantil y señala las reglas que deben servir para la interpretación por vía de doctrina. Dispone lo siguiente en sus artículos 3º al 5º:

²⁴⁰ PEÑA Nossa, Lisandro. CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2010.

²⁴¹Ibidem. Pág. 20.

ARTÍCULO 3o. AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL - COSTUMBRE LOCAL - COSTUMBRE GENERAL. 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 surgido 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.

ARTÍCULO 4o. PREFERENCIA DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

ARTÍCULO 5o. APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.

Y contempla a renglón seguido:

ARTÍCULO 7o. APLICACIÓN DE TRATADOS, CONVENCIONES Y COSTUMBRE INTERNACIONALES. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia del 6 de diciembre de 1972 con ponencia del magistrado Guillermo González Charry, al estudiar la constitucionalidad de estos artículos expresa:

Las fuentes del derecho están constituidas por aquellos principios y situaciones de hecho que por su naturaleza y contenido son útiles para dar orientación racional a un precepto jurídico. Así, la doctrina de los autores, la jurisprudencia nacional e internacional y la costumbre, también nacional o internacional, son tenidas por fuentes en cuanto al reflejar experiencias de distinto orden sobre hechos, prácticas y legislaciones similares, sirven de medios auxiliares indispensables para la aplicación del derecho. Este y no otro es el papel que el artículo 7o. objeto de la demanda asigna y reconoce a los preceptos contenidos en tratados y convenios de carácter mercantil no ratificados por Colombia, cuando dice que ellos podrán ser aplicados "a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes". Dichas normas contienen seguramente principios o prácticas de derecho mercantil, de reconocimiento si no universal, al menos muy generalizado que son el resumen de experiencias válidas para las relaciones comerciales. Que para resolver determinados casos o cuestiones y cuando las fuentes reales y formales de carácter nacional no sean idóneas, pueden ser utilizadas por los contratantes o por el Juez no significa un quebrantamiento de la Constitución²⁴².

El Decreto Ley 1400 de 1970, que adoptó el Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos contenciosos en materia comercial, establece como requisito la prueba de la ley y la costumbre extranjera, lo cual hace innecesario que el Juez conozca previamente el derecho invocado por las partes, por cuanto el mismo debe ser probado según las siguientes reglas:

²⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Magistrado Ponente: GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY. Sentencia del 6 de diciembre de 1972.

ARTÍCULO 188. NORMAS JURÍDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL Y LEYES EXTRANJERAS. Modificado por el artículo 1, numeral 92 del Decreto 2282 de 1989. El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

En su primera parte éste enunciado hace alusión a dos tipos de fuentes del derecho que pueden ser admitidas como aplicables en el entorno judicial interno; hablamos las “normas jurídicas” y de las “Leyes extranjeras”, dos conceptos que deben ser diferenciados para su aplicación por el Juez colombiano. El legislador, al desarrollar esta norma reguló lo relativo a las normas jurídicas en un sentido general, como la Ley extranjera en un sentido particular.

Adicionalmente el legislador incorporó otras normas que exigen la prueba de la costumbre extranjera y su autenticación para que puedan ser aducidas en el juicio, son ellas:

ARTÍCULO 189. PRUEBAS DE USOS Y COSTUMBRES. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios.

ARTÍCULO 190. PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. 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.*

ARTÍCULO 193. PRUEBAS EN EL EXTRANJERO. Modificado por el artículo 1, numeral 93 del Decreto 2282 de 1989. Cuando el proceso civil exija la práctica de diligencia en territorio extranjero, el Juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, podrá:

1. *Enviar carta rogatoria por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde han de practicarse las diligencias, a fin de que las practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo.*

2. *Comisionar por medio de exhorto directamente al Cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo, para que practique las diligencias de conformidad con las leyes nacionales y las devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales en materia civil, para la cuales sean comisionados.*

ARTÍCULO 259. DOCUMENTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO. Modificado por el artículo 1, numeral 118 del Decreto 2282 de 1989: Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano.

La autenticación de la ley extranjera, prevista en el Artículo 259 del código de procedimiento civil, ha sido modificada por la convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961, y aprobada mediante la Ley 455 de 1998.

Como podemos observar en la lectura y análisis de la normatividad transcrita, en Colombia no es obligación del juez conocer la ley o la costumbre extranjera y por ello el aforismo solo se entiende como el deber de aplicar el derecho incorporado al proceso como prueba. En éste caso el momento de conocer el derecho no es el de la presentación de la demanda o resistencia, sino el de la confirmación procesal de las afirmaciones hechas por las partes a través de las inferencias hechas en el juicio.

2.7. EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA

Las atribuciones del Juez se hallan confinadas al conocimiento de las cuestiones que han sido oportunamente propuestas, tal restricción deviene del principio dispositivo que veda a los órganos jurisdiccionales pronunciarse sobre asuntos que no hayan integrado la materia de la litis. Las de la Corte al asumir el conocimiento de los asuntos que le deban ser confiados, se circunscriben a los límites que señala a continuación:

2.- Desde tiempos inmemoriales, el juez halla sometida su actividad a variados límites de diferente entidad y naturaleza. En primer término, por vía de ejemplo, no puede proferir sentencia –por regla general- sin que exista una demanda de parte, de conformidad con lo señalado en el artículo

segundo del Código de Procedimiento Civil, fiel reflejo de la milenaria máxima del derecho romano, recordada por el maestro Chiovenda²⁴³, según la cual “no se puede juzgar de oficio; no se puede juzgar sin actor” (ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore). En segundo término, y en línea de principio, el fallador no puede decidir nada distinto de lo que las partes le han sometido, es decir no puede exceder ni las pretensiones formuladas, ni los medios de defensa propuestos, ni la causa petendi que soporta a éstas y aquellas. En otras palabras, no puede desconocer el principio de la congruencia, claro está que teniendo en cuenta las facultades de pronunciamiento oficioso reconocidas por la ley. En tercer lugar, entre otras exigencias, está obligado a respetar el contenido y las formas previstas para el fallo de fondo.

Ahora bien, con relación al límite objetivo referente a la extensión de la decisión jurisdiccional, debe tenerse presente que si la parte señaló el sendero por el que, a su turno, trazó la ‘causa petendi’, génesis de la pretensión, a través de la utilización de determinada vía sustancial, las consideraciones jurídicas del juzgador no pueden desbordar ese camino seleccionado libre y soberanamente –con independencia de su real pertinencia- por el litigante, no obstante que aquel, en desarrollo del celeberrimo principio de “iura novit curia”, podrá suplir o colmar determinados vacíos o yerros, eso sí, sin variar o distorsionar el contenido medular de lo pretendido por las partes, valga la reiteración, o lo que es lo mismo, sin desatender el axioma de la congruencia. Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor,

²⁴³ Giuseppe Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, pag. 54.

artífice señero del marco dentro del cual, 'a posteriori', deberá el fallador inscribir su resolución.”²⁴⁴

De ahí que la interpretación de la facultad otorgada por la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia, haya sido restringida a la literalidad de la norma que prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 25. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil:

- 1. De los recursos de casación.*
- 2. De los recursos de revisión que no estén atribuidos a los tribunales superiores.*
- 3. De los recursos de queja cuando se deniegue el de casación.*
- 4. Del exequátur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en país extranjero, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados internacionales.*
- 5. De los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el gobierno de la república, en los casos previstos por el derecho internacional.*
- 6. De los procesos de responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los magistrados de la Corte y de los tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ellos.*

La Constitución Política de 1991 consagra el derecho al debido proceso en el artículo 29 como derecho de primera generación influida por los valores justicia, igualdad, libertad, paz y orden justo traídos en el Preámbulo, y por los principios

²⁴⁴ (G. J, T. LXXXI, pág. 700)

del respeto de la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general en un Estado Social y Democrático de Derecho. También lo hace en la parte orgánica al referirse a los principios de la administración de justicia precisando que esa función es pública, las decisiones independientes y su funcionamiento autónomo, amén de la primacía del derecho sustancial, la garantía del acceso de todos a la administración de justicia, señala las fuentes de la actividad judicial y categoriza a la Corte Suprema de Justicia como “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” y atribuye como función principal la de “actuar como tribunal de casación”.

En sus artículos 28 y 31 consagra el derecho fundamental al recurso que, interpretados sistemáticamente con los artículos 234 y 235, han permitido construir una línea jurisprudencial sobre el recurso extraordinario de casación cuya referencia histórica se remonta al derecho romano²⁴⁵ y que fuera modernizado como un típico producto revolucionario francés²⁴⁶, momento en el que se le señala una naturaleza política:

“la distinción entre los errores in iudicando, que permite reconocer ciertos vicios que superan el interés privado para afectar las relaciones entre la ley y el juez. Es la determinación de un criterio político, superior al mero interés individual, en el establecimiento de un recurso, en consideración a una categoría especialmente grave de errores judiciales”.

La casación en su origen tiene una función “monofiláctica”, como atribución de la Corte bajo la frase acuñada por Maury (de la junta revolucionaria) en 1790 de que el Tribunal de casación debía actuar como «la garde du corps des lois²⁴⁷», tenía el definido propósito político dentro del nuevo régimen de defender el “cuerpo” de las

²⁴⁵ Entre los “romanistas”, pueden citarse a FERNANDO DE LA RÚA, “La casación penal” y MANUEL DE LA PLAZA, “La casación civil”.

²⁴⁶ Aquí deben ubicarse, entre otros, al propio CALAMANDREI y a JORGE NIEVA FENOLL, “El hecho y el derecho en la casación penal”.

²⁴⁷ La traducción literal es: “El guardián del cuerpo de las leyes”.

leyes en cuanto estas eran la voluntad del Parlamento y éste el órgano que se consideraba absolutamente representativo de la revolución triunfante.

En Colombia, la ley 61 de 1886, artículo 36, dentro de la “sección 2ª” dedicada exclusivamente al recurso de casación, dispuso el recurso “*con el fin primordial de «uniformar» la Jurisprudencia y con el de enmendar el agravio inferido por ellas (...)*”, incluyéndose de una vez las dos funciones primordiales que hasta hoy se mantienen: la monofiláctica (*ius constitutionis*) o de protección de la ley y la de reparación del agravio (*ius litigatoris*), que permitió desde su origen la aceptación de errores de derecho y errores de hecho, tal como expresamente lo consagró el motivo 8º del artículo 38 de la misma ley.

Por la primera se denuncian los vicios *in iudicando*, en cambio por la segunda se denuncian los vicios *in procedendo*.

Un ataque por la vía directa, presupone la imposibilidad para el recurrente de apartarse de las conclusiones fácticas del juzgador, centrando el debate en la correcta o incorrecta aplicación o inaplicación de la norma jurídica que se hizo operar en el asunto que se desata, pues “*(...) la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas*” (Sentencia de 20 de Marzo de 1973, G.J. CXLVI).

Los errores *in iudicando* o errores relativos al derecho sustantivo o material, son aquellos referidos a la violación o falsa aplicación de la ley. La violación de una ley es entendida como el error en juicio, es decir, la desviada interpretación de una voluntad abstracta de la ley o la afirmación de una voluntad abstracta de una ley inexistente. En cuanto a la falsa aplicación de la ley, puede configurarse tanto

cuando luego de entendida una norma se hace aplicación de la misma a un hecho que no está regulado por ella y, cuando se aplica una ley de forma que se llega a conclusiones jurídicas contrarias a las queridas por ella misma. Un elemento importante a tomar en cuenta sobre el particular, es que se necesita que la violación o falsa aplicación de la ley, cause peligro a la uniformidad de la jurisprudencia en tanto implica la aplicación de una ley como un mandato de alcance general; en consecuencia, para que proceda casar en error *in iudicando* no basta que la parte dispositiva resulte injusta en concreto, sino que esa injusticia del caso singular sea el efecto de uno de los errores que, considerado en sí mismo y teniendo como finalidad el mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, se haga merecedor de tal censura.

En segundo lugar, los errores *in procedendo* o aquellos referentes al derecho procesal o formal, responden al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, contravenciones a preceptos de derecho procesal, pero cuya gravedad ha de ser importante, en lo tocante al proceso y la sentencia. La misión de este extremo de la casación es reconducir el proceso al punto en el que el vicio se concretó y hacer posible su continuación sin entrar a conocer el fondo, sobre el cual una vez subsanada la falta, habrían de pronunciarse los tribunales de instancia.

La casación tiene, según lo anterior, la finalidad defender el ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función monofiláctica, que procura la realización del derecho objetivo y reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia mediante la salvaguarda del texto legal; y, b) la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Así lo establece el artículo 365 del código de procedimiento civil que prescribe:

ARTÍCULO 365. FINES DE LA CASACIÓN. El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la

realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida

A renglón seguido determina cuales son las causales de casación, para cumplir los fines que busca:

ARTÍCULO 368. CAUSALES. Son causales de casación:

1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba.

2. No estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el Juez ha debido reconocer de oficio.

3. Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias.

4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquélla para cuya protección se surtió la consulta siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357.

5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado.

Adicionalmente, el Código de Procedimiento Civil Colombiano establece como requisitos de la demanda para interponer el recurso extraordinario, los siguientes:

ARTÍCULO 374. REQUISITOS DE LA DEMANDA. La demanda de casación deberá contener:

- 1. La designación de las partes y de la sentencia impugnada.*
- 2. Una síntesis del proceso y de los hechos, materia del litigio.*
- 3. La formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa. Si se trata de la causal primera, **se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas.***

*Quando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre. Si la violación de la norma sustancial ha sido consecuencia de error de derecho, **se deberán indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas explicando en qué consiste la infracción.***

La corte Suprema de Justicia se ha debatido entre dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales que limitan o amplían la interposición, trámite y resolución del recurso de casación.

En la primera, cercana a la constitución de 1991, la casación se presenta en una dirección radicalmente garantista y esencialmente protectora de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso y adquiere una mayor importancia y con ello la misión que cumple la Corte Suprema, pues la procedencia del recurso se vincula expresamente a la afectación de “derechos o garantías fundamentales” para que se haga efectivo y real en el caso concreto el principio constitucional de “prevalencia del derecho sustancial”, - artículo 228

Constitución Política-, frente a desconocimientos del derecho sustancial aplicable, a violación a las garantías procesales o vicios *in iudicando* e *in procedendo*.

En ésta posición se encuentran pronunciamientos que haciendo uso del aforismo *iura novit curia*, privilegian la justicia material a la ritualidad del proceso, permitiendo que en casos de duda sobre la acción ejercitada, el juez, si la premisa fáctica lo soporta, pueda efectuar una calificación jurídica diferente a la que otorga el demandante o demandado.

Ha sostenido la corte *“si bien no se remite a duda de ninguna clase que es función privativa de los jueces, en desarrollo del conocido adagio “narra mihi factum, dabo tibi ius”, examinar de oficio el contenido de la litis bajo todos los aspectos jurídicos que se muestren como posibles, tarea está en la que cuentan con amplias facultades para hallar las normas que consideran aplicables aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o, inclusive, supliendo omisiones en las que ellas hayan podido incurrir - “iura novit curia” -,..... no debe perderse de vista, sin embargo, que el poder del que viene haciéndose mérito lo circunscriben precisos límites que, sin incurrir en el vicio de incongruencia positiva, no pueden ser rebasados pues en cuanto a la demanda toca, de manera constante ha sido insistente la doctrina jurisprudencial en señalar que “...determinada claramente en la demanda cual es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre la que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda..” (G. J, T. LXXXI, pág. 700)”*.

En cuanto a la obligación que tiene el juez de interpretar el libelo con el que se promueve un litigio, también dijo la Sala en sentencia N° 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, lo siguiente:

“...se reitera, entonces, que el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius´ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137). En materia de interpretación de la demanda, dijo más recientemente, `la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte´ (G.J. No. 2400, pág. 120)... Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia”.

Más recientemente, en sentencia N° 071 de 16 de julio de 2008, se anotó sobre el tema lo que a continuación se destaca:

“... para identificar una pretensión no basta con reparar en lo que se solicita, sino que ese petitum, que constituye el objeto inmediato de lo que se demanda, debe relacionarse con la causa para pedir invocada, la que

comprende la situación de hecho aducida y las consecuencias que a ella le asigna el demandante. Por tanto, esos dos factores que inescindiblemente se conjugan en la causa petendi, determinan el título de la pretensión y, por ende, para la configuración de éste concurren razones de hecho y de derecho, entendiéndose que las primeras están dadas por el relato histórico de la situación fáctica de la que se busca deducir lo que se pide a la jurisdicción, mientras que las segundas 'son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada' (Ibídem)... Es función privativa de los juzgadores examinar el contenido de la litis, labor para la cual cuentan con amplias facultades, con miras a concretar los preceptos que consideren aplicables al caso, aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o suplir sus omisiones; empero, ese poder no es ilimitado, ya que, tal como lo precisó la Sala, '(...) ' ... determinada claramente en la demanda cuál es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede salirse el sentenciador de ese ámbito que le marca el propio actor, para fallar en sentido diverso a las súplicas de la demanda' (G.J.T. LXXXI, pág.700), (...)'; es decir, que aquéllos deben ajustar sus fallos a los hechos aducidos por las partes en la demanda y su contestación, e 'igualmente es imperativo que hagan lo propio respecto de las pretensiones hechas valer ante dichos órganos, de suerte que así como a estos últimos no les es permitido modificar de oficio aquéllos hechos, tampoco les es lícito alterar los términos fundamentales que en sustancia identifican la controversia, decidiendo acerca de súplicas

no formuladas o sobre extremos extraños al debate planteado y que por ende los litigantes no sometieron a la jurisdicción´ (ejusdem)”.

La otra, con el supuesto fin de proteger la seguridad jurídica, remarca el procedimentalismo del recurso de casación y los límites para la aplicación del aforismo, privilegiando la ley a la constitución.

Por ello reitera que como requisito de la demanda de casación que aduce como causal la violación de una norma de derecho sustancial, se exige que: “[e]l entendimiento de esa disposición impone observar, que la norma sustancial que a juicio del recurrente debe ser citada como violada, tiene que estar íntimamente ligada con el aspecto jurídico sobre el que versa la pretensión ventilada en el litigio, o con el que sirve de soporte a la oposición, porque en rigor ellos constituyen o deben constituir la base esencial de la decisión, ya que demarcan los confines de la misma. Dentro de esa lógica elemental le bastará por tanto al casacionista citar como infringida cualquiera de las normas de ese linaje que gobiernen esos extremos de la controversia, esto es, la pretensión o la oposición” (Sent. Cas. Civ. No. 043 del 9 de septiembre de 1999), *contrario sensu*, “cuando el impugnante omite denunciar el quebranto de dichas normas y apunta en la dirección equivocada por haber señalado la infracción de normas que en nada tocan con el litigio ni con el fallo acusado, el cargo configurado de ese modo tórnase inane” (Sent. Cas. Civ. No. 037 de 30 de agosto de 1999), más aún, “(...) ‘si el recurrente desacierta radicalmente en la tarea de señalar esos preceptos, a la Corte no le es dable enmendar esa falta para acomodar el examen a los mandatos que sí son pertinentes al caso’ (Sentencia Sala de Casación Civil de 7 de marzo de 1994)” (Sent. Cas. Civ. No. 037 de 30 de agosto de 1999).

Esta regla ha sido seguida casi de manera uniforme por la corte, razón por la cual son ínfimas las sentencias que han acudido a la utilización del aforismo.

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general

Analizar la aplicación judicial del INC por parte de la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en Colombia desde el año 2000 hasta el año 2010.

3.2. Objetivos específicos

- Analizar la evolución de la aplicación del *Iura Novit Curia* en materia comercial por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en los últimos diez años.
- Conocer los razonamientos legales de la aplicación del *Iura Novit curia* en los fallos realizados por la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en el período analizado.
- Establecer en el período analizado en qué procesos el aforismo fue utilizado por el casacionista y en cuales por la corte.

4. PROPÓSITO

Difundir entre las empresas colombianas, la comunidad académica y la rama judicial, el análisis de la aplicación que se le ha dado a éste aforismo en materia comercial a nivel nacional por parte de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de fomentar o restringir su uso, mediante la recomendación de normas que regulen la labor del Juez, o de medidas o salvaguardas contractuales que permitan someter las diferencias ante la jurisdicción más confiable.

5. HIPÓTESIS

La forma de aplicar el INC por parte de la Corte Suprema de Justicia genera riesgos para los empresarios colombianos en la posible resolución de conflictos jurídicos y económicos en materia comercial.

6. METODOLOGÍA

6.1. Tipo de estudio

Es una investigación descriptiva (teórico analítica) que se desarrollará a través un estudio de las causas y los efectos que ha originado la adopción de diferentes sentencias en materia comercial en las cuales se cita el aforismo INC por parte de los casacionistas y la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los últimos diez años.

6.2. Población objetivo

Se revisarán los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en materia comercial, que hayan sido expedidos en los últimos diez años y en los cuales se haya citado el aforismo *Iura Novit Curia*.

6.3. Diseño del plan de datos

6.3.1. Gestión del dato

El manejo de los datos se va a gestionar o formalizar solicitando por escrito la autorización del uso del dato mediante:

Solicitud de autorización y permisos para préstamos inter-bibliotecarios.

Consulta sentencias en página web de la CSJ.

6.3.2. Obtención del dato

El instrumento utilizado por el investigador para la medición del objeto de estudio, será a través del rastreo bibliográfico, doctrinal, jurisprudencial en el ámbito Nacional y de derecho comparado, mediante:

Elaboración de formatos fichas bibliográficas.

Elaboración de formato análisis de sentencias.

6.3.3. Recolección del dato

Está a cargo del investigador la selección y estudio de las fuentes de información y revisión bibliográfica respectiva, información que será consignada en fichas bibliográficas y formatos creados para el efecto a través de:

- Compra de material bibliográfico en Colombia y el exterior en el primer semestre de la investigación.
- Visita a bibliotecas durante el primero y segundo semestre de la investigación.
- Visitas a la Corte Suprema de Justicia de Colombia en los meses de Junio y Julio de 2010.
- Consulta en la web y bases de datos jurídicas hasta culminar el estudio.
- Lectura y revisión de constitución, leyes, bibliografía, artículos, revistas y jurisprudencia.
- Diligenciar fichas bibliográficas (resumen, comentadas, citas).
- Diligenciar formato análisis de sentencias en Colombia.

6.4. Control de sesgos

1. Información

•**Objeto de estudio.** Para abordar al objeto de estudio en forma confiable se hará la selección de las características a medir en cada objetivo a través de la lectura, comparación y análisis de los hallazgos relevantes consignados tanto en el formato de análisis de sentencias como en las fichas bibliográficas.

•**Sujeto.** Para controlar este sesgo se asistirá a todas las reuniones de informe sobre el avance del megaproyecto y la capacitación que brindan los asesores temáticos y metodológicos. Igualmente, una vez definidas las características o variables a medir por cada objetivo se confrontarán con el grupo o el asesor temático.

•**Instrumento.** Se incluye prueba de escritorio sobre el análisis de una sentencia de la CSJ de Colombia. Igualmente se diligenciará una ficha bibliográfica, textual, comentada y otra resumen.

2. Selección.

Inicialmente se trabajará la totalidad de las sentencias de la CSJ de Colombia en materia comercial que hayan citado el aforismo INC en los últimos diez años, por lo que no es necesario definir muestra.

3. Confusión.

No existe variable que cambie el comportamiento del objeto de estudio, por cuanto las sentencias hacen tránsito a cosa juzgada.

6.5. Prueba piloto

Se tendrá como prueba piloto el diligenciamiento de los formatos definidos para recolectar los datos, con el fin de establecer el tiempo que demora consignar en cada uno de los formatos, los datos relevantes que den respuesta o puedan medir

los objetivos y la hipótesis, identificar los ajustes necesarios tanto en el instrumento como en el cronograma inicial.

6.6. Procesamiento de datos

Se procederá de la siguiente manera:

- Revisión de los datos consignados en los formatos de análisis de sentencias y fichas.
- Clasificación de los datos comunes o diferenciadores por objetivos e hipótesis.
- Digitación de los datos en una base de datos en caso de no se hayan recolectado electrónicamente.
- Redacción de informes parciales y final por cada uno de los objetivos e hipótesis.

6.7. Plan de análisis

Las técnicas o procedimientos que aplicarán para alcanzar la medición de los objetivos y la hipótesis se consignan en el cuadro plan de análisis que se anexa.

PLAN ADMINISTRATIVO

6.8. Cronograma

Se ingresa al grupo de investigación a partir del 27 de octubre de 2009.

La presente investigación tendrá una duración de veinticuatro (24) meses.

Año 2009 Anteproyecto (6 meses)	Bimestre 1	Bimestre Mes 2	Bimestre 3	Bimestre 4	Bimestre 5	Bimestre 6	Bimestre 7	Bimestre 8	Bimestre 9	Bimestre 10	Bimestre 11	Bimestre 12
ACTIVIDAD												
Revisión bibliográfica												
Presentación texto inicial												
Título												
Planteamiento del Problema												
Justificación del Problema												
Formulación del Problema												
Objetivos												
Propósito												
Metodología												
Viabilidad												
Anexos												
Asesoría temática												
Asesoría metodológica												
Elaboración informes de avance												
Corrección												
Presentación texto definitivo												

Proyecto (6 meses)	Bimestre 1	Bimestre 2	Bimestre 3	Bimestre 4	Bimestre 5	Bimestre 6	Bimestre 7	Bimestre 8	Bimestre 9	Bimestre 10	Bimestre 11	Bimestre 12
ACTIVIDAD												
Título												
Planteamiento del problema												
Tabla de Contenido												
Marco Teórico												
Objetivo y Propósito												
Revisión bibliográfica												
Metodología												
Prueba Piloto												
Consultas de campo												
Ética												
Plan Administrativo												
Informe Mensual de Avance												
Asesoría Temática												
Asesoría Metodológica												
Entrega Texto Final Proyecto.												
Informe Final (doce meses)	Bimestre 1	Bimestre 2	Bimestre 3	Bimestre 4	Bimestre 5	Bimestre 6	Bimestre 7	Bimestre 8	Bimestre 9	Bimestre 10	Bimestre 11	Bimestre 12
ACTIVIDAD												
Título												
Planteamiento del problema												
Marco Teórico												
Objetivo												
Propósito												
Elaboración de informes												
Metodología												

Consulta de campo												
Clasificación y estudio de la información												
Resultados												
Discusión de Resultados												
Conclusiones												
Recomendaciones												
Ética												
Bibliografía												
Elaboración del texto final												
Entrega del texto final												
Evaluación y Defensa												

7. Presupuesto

Veintitrés Millones Novecientos Nueve Mil Pesos (23.909.000.00 MC)

No. TABLA	RUBRO	COSTO DIRECTO	COSTO INDIRECTO	TOTAL
1	PERSONAL	18.720.000	1.500.000	20.220.000
2	EQUIPOS	1.199.000		1.199.000.
3	2 viajes	1.000.000		1.000.000
4	MATERIALES Y SUMINISTROS	600.000		600.000
5	SERVICIOS TÉCNICOS	300.000		300.000
6	BIBLIOGRAFÍA	600.000		600.000
7	CONSTRUCCIONES Y/O ADECUACIONES LOCATIVAS			0-0
8	SOFTWARE			0-0
	TOTAL			23.919.000

7.1. Presupuesto desglosado

Tabla 1. Personal: Maestrando

INVESTIGADOR (nombres y apellidos)	ROL DENTRO PROYECTO	DEDICACIÓN HORARIA SEMANAL A LA INVESTIGACIÓN	DEDICACIÓN HORARIA TOTAL (a)	BASE DE CÁLCULO SALARIAL * (b)	COSTO TOTAL (a) * (b)
Luis Fernando Bustamante Arismendy	Principal	12 HORAS	312 Horas año X 2	30.000	18.720.000

Personal externo: Asesores o Consultores

PERFIL DEL PERSONAL REQUERIDO	ROL DENTRO DEL PROYECTO	DEDICACIÓN HORARIA TOTAL		VALOR HORA	VALOR TOTAL
	Asesor	Consultor			
Corrector de redacción y ortografía	X		50 Horas	30000	1.500.000

Tabla 2. Equipos de uso propio

NOMBRE DEL EQUIPO	JUSTIFICACIÓN	VALOR DE UTILIZACIÓN
Portátil DELL 2G,	Se adquiere para hacer búsquedas en internet, para la redacción de los soportes documentales de la investigación en sus diferentes etapas y para la redacción de informes de avances.	1.199.000
TOTAL		1.199.000

Tabla 3. Viajes

LUGAR	NÚMERO DE SALIDAS	COSTO UNITARIO *	COSTO TOTAL
Bogotá a la Corte Suprema de Justicia	2	500.000	1.000.000
TOTAL			1.000.000

Tabla 4. Materiales y suministros

DESCRIPCIÓN	COSTO TOTAL
Papelería, impresiones, fichas pre impresas, USB, CD, Audífonos, fotocopias	600.000
TOTAL	600.000

Tabla 5. Servicios técnicos

TIPO DE SERVICIO	COSTO TOTAL
Adecuación de software y ordenación de trabajo y anexos	300.000
TOTAL	300.000

Tabla 6. Bibliografía

NOMBRE BIBLIOGRAFÍA	Universidad de Medellín		COSTO	
	No	Si	DIRECTO: COMPRA	INDIRECTO: USO
Textos sobre <i>Iura Novit Curia</i> y globalización			600.000	00.00
TOTAL			600.000	

8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para desarrollar los objetivos planteados y dar respuesta a la hipótesis, se elabora una línea jurisprudencial que incorpora los elementos o variables que permiten encontrar los resultados buscados.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?

Problema jurídico-Justificación

Esta línea jurisprudencial pretende responder la pregunta o problema jurídico sobre la obligatoriedad del aforismo cuando es utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al ser incorporado en la sentencia de casación en materia comercial, busca rastrear si el mismo hace parte de la ratio decidendi y si en la misma se constituyó en el argumento central para casar o declarar inane el recurso.

El trabajo plantea de entrada un problema adicional relacionado con la existencia en las sentencias de la Corte Suprema de varios ratios, cada una de ellas vinculada con una de las causales de casación de la corte, lo cual hace más dispendiosa la labor, al tener no solo que estudiar la razón del cargo que incorpora el aforismo, sino las demás. Lo anterior para comparar y ponderar si es mayor la importancia de la razón de la decisión tomada que corresponda a la de que el juez conoce el derecho y como tal puede modificar la calificación jurídica de la demanda hecha por las partes o si tiene mayor importancia la que corresponde a las demás razones.

Al efectuar el estudio de cada una de las diecinueve (19) sentencias y consignar los datos en los formatos diseñados, se observa que la Corte Suprema no sigue una sistematización o estandarización del sistema de citas, por lo cual indistintamente se acude a referir sentencias, gacetas jurisprudenciales que contienen sentencias y de ellas se sirve tanto para utilizar apartes como soporte de la ratio decidendi, o como obiter dicta.

También se evidencia que la corte solo se cita a sí misma, solo en una ocasión cita el Consejo de Estado (11001310302003-00282-01-2009), y es muy tímida en utilizar como referencia a los autores nacionales, lo que hizo en solo dos sentencias (6426-2002 y 6430-2002). A diferencia de lo anterior, es usual que cite en forma pródiga autores extranjeros y en ocasiones se sirve únicamente de los textos legales (1798-05). Incluso de forma extraña se auto cita en una sentencia, la 5602 de 2000 que solo toma el número una vez se apruebe citando el número del expediente el 5602 de 2000.

Para seleccionar la muestra se identificaron en primer lugar todas las sentencias que incorporan el aforismo *iura o jura novit curia* en la base de datos de la Corte Suprema de Justicia de las cuales se hace una relación, la cual incluye la totalidad de las sentencias en materia comercial, a continuación se separan las que tratan temas comerciales y cuya decisión incluyó como ratio el aforismo, luego se identifican los procesos civiles que no son objeto de estudio y por último los procesos de tipo comercial, que aunque incorporan el aforismo en el cuerpo de la sentencia, no corresponde a la razón de la decisión tomada y este se utiliza como dicho de paso u obiter dicta.

El problema planteado abre un espacio de posibles respuestas, entre las que cabe la de servir como precedente vinculante o línea jurisprudencial y la de que solo se utilice como criterio auxiliar de interpretación de la corte.

Como instrumentos de medición se utiliza un formato que permite establecer si la sentencia incorpora el aforismo citado por las partes o por la propia corte y si el mismo constituye la razón de la decisión o solo es un dicho de paso para establecer el patrón de desarrollo decisional o el cambio de jurisprudencia mediante la grafica de las mismas en un plano cartesiano y el formato de análisis de sentencias que contiene las variables a estudiar.

Asimismo permite dar respuesta a la hipótesis planteada en el proyecto de investigación denominado *Iura Novit Curia*- Aplicación del aforismo en materia jurídica comercial en Colombia, que parte del supuesto de que la forma de aplicar el INC por parte de la Corte Suprema de Justicia genera riesgos para los empresarios colombianos en la posible resolución de conflictos jurídicos y económicos en materia comercial.

La comparación del número de sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia en el período a analizar en sus diferentes salas, en relación con las de la

sala civil y las que hayan resuelto recursos relacionados con la materia comercial, nos permitirán determinar el peso porcentual de las mismas en la totalidad de las decisiones de la corte que incorporan el aforismo en la sentencia y por tanto si constituye un riesgo para los comerciantes la utilización de un brocardo, aforismo o principio, que permite al juez la realización de la justicia material, pasando por encima del riguroso procedimiento establecido para interponer y tramitar el recurso de casación ante la corte.

8.1. Objetivo general

Analizar la aplicación judicial del INC por parte de la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en Colombia desde el año 2000 hasta el año 2010.

Aunque es difícil emplear la técnica propuesta en el análisis de las sentencias de la Corte Suprema en las cuales se observan solo citas de manera indicativa y poco sistemática, se realiza un ejercicio en forma similar al análisis de las sentencias de la Corte Constitucional que permiten establecer un precedente jurisprudencial.

Para proceder al análisis de la aplicación del aforismo que complementaremos con el desarrollo de los objetivos específicos, inicialmente se consultó la base de datos de la Corte Suprema de Justicia²⁴⁸ en el período estudiado, por texto libre de las providencias de todos los años y todos los magistrados, la cual arrojó los siguientes resultados:

En su base de datos hasta la fecha de la consulta, 20 de septiembre de 2011, existía un total de 189.274 registros de Consulta jurisprudencial, sentencias de casación. En el período analizado 2000-2010 la producción de la corte en sus diferentes salas según consulta de “SENTENCIAS” por cadena de texto exacto, año a año, todos los magistrados, por sala, fue la siguiente:

²⁴⁸ <http://190.24.134.69/busquedadoc/>

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total Sala período
Sala Civil	499	469	397	287	439	577	342	364	319	293	381	4367
Sala laboral	1262	1196	1286	1426	1293	1449	1739	1615	1725	1848	361*	15200
Sala Penal	1258	1333	1701	1596	1406	1345	1807	2439	2373	2019	1812	19089
Total año Corte sin sala plena y tutelas	3019	2998	3384	3309	3138	3371	3888	4418	4417	4160	2554	38656

* Es factible que a la fecha de consulta aún se esté incorporando información a la base de datos.

De los registros encontrados, se estableció que en el período 2000-2010, 4.367 sentencias pertenecen a la sala de casación civil, 19.089 a la sala de casación penal y 15.200 a la sala de casación laboral, para un total de 38.656 sentencias de casación.

En el mismo período se encontraron los siguientes registros de sentencias que en consulta por texto libre, dentro de las providencias, todos los años, todos los magistrados, consulta por cadena de texto exacto, arrojaron el reporte del aforismo *Iura Novit Curia* o *Jura novit curia* en su contenido.

Salas	Iura Novit Curia	Jura Novit Curia	Total sentencias que citan aforismo	Total sentencias por sala en período	% Sentencias que citan aforismo
Casación Civil	10	10	20	4.367	0.0045
Casación laboral	5	3	8	15.200	0.0005
Casación Penal	6		6	19089	0.0003
Tutelas	9	6	15		
Total período 2000-2011	40	19*	59	38656	0.0015

*Se incluyó una de 1999, por fuera del período estudiado, pero que es citada con posterioridad como sentencia fundante de línea.

La sala de Casación Civil desde el año 2000, hasta el año 2010, ha resuelto 4367 recursos para un promedio de 397 sentencias por año y porcentualmente el número de sentencias que ha utilizado el aforismo, con relación al número de sentencias aprobadas, es el siguiente:

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	total
Número de sentencias	499	469	397	287	439	577	342	364	319	293	381	4367
Número de sentencias que cita aforismo	2	2	2	0	0	3	1	1	1	4	2	18
%	0.0040	0.0042	0.0050	0	0	0.0051	0.0029	0.0027	0.0031	0.0136	0.0052	0.0041

Lo anterior demuestra que el aforismo es mínimamente utilizado por la Corte, puesto que de 189.274 registros de Consulta jurisprudencial sentencias de casación, de las cuales 38656 corresponden al período estudiado, 59 sentencias citan el aforismo y de ellas solo 18 fueron expedidas en procesos resueltos por la Sala Civil, es decir un porcentaje de cuatro milésimas de sentencias citan o utilizan el aforismo iura novit curia.

Para establecer la importancia de las sentencias identificadas, se utilizó la técnica de los nodos o arañas, se revisa cuales sentencias citaban una anterior y con ello se determina si las mismas constituían el precedente jurisprudencial o un criterio auxiliar de interpretación.

Las sentencias en las cuales se hace referencia al aforismo en la Sala Civil de la Corte, ya sea como ratio decidendi, obiter dicta, y es citado por la corte o por los casacionistas, son las siguientes:

54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)

05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)

17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)

08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)

52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)

11001310302003-00282-01 (2009)

20082001-00803-01(2008)

41001 3103 005 2002 0008101(2007)

1995-29402-02 (2006)

7725 (2005)

1995-9457-01 (2005)

1798 (2005)

6426 (2002)

6430 (2002)

5906 (2001)

5937 (2001)

5830 (2000)

5602 (2000)

Para efectos de evidenciar el cambio de la jurisprudencia en la grafica de la línea jurisprudencial, se incorporó en los cuadros una sentencia por fuera del período estudiado y la cual es citada en sentencias posteriores:

5099 (1999)

SENTENCIAS EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL QUE INCORPORAN EL AFORISMO COMO RATIO DECIDENDI

De las sentencias identificadas, las siguientes corresponden a procesos relacionados con el derecho comercial y que son objeto de análisis y estudio para efectos de dar cumplimiento a los objetivos del proyecto de investigación:

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).- Referencia: Expediente 54001-3103-002-2004-00270-01.

Proceso Ordinario de Responsabilidad Civil, por transporte de pasajeros.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., seis (06) de julio de dos mil nueve (2009). Trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. 52001-3103-004-2000-00341-01.

Proceso Ordinario de declaración de condición de mandatarios ocultos en contrato de compraventa.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrada Ponente. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Bogotá, D. C., Tres (3) febrero de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. N° 11001310302003-00282-01.

Proceso ordinario de responsabilidad civil por manejo de depósito a término.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente número 7725.

Proceso Ordinario de declaración de terminación de contrato de depósito en compraventa de bien inmueble.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No.5906.

Proceso Ordinario de Responsabilidad Civil por transporte de pasajeros.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No.5602

Proceso ordinario de declaración judicial de responsabilidad civil por transporte aéreo.

7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de Febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). Referencia: Expediente 5099.

Proceso Ordinario de declaración de responsabilidad civil extracontractual por actividad bancaria en financiación de embarque.

SENTENCIAS EN MATERIA JURÍDICA CIVIL QUE INCORPORAN EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA

Los siguientes procesos corresponden a otro tipo de acciones civiles, las cuales sirven para establecer la línea jurisprudencial, pero no para efectos de responder a los objetivos del proyecto de investigación en materia comercial, así:

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Bogotá, D. C., seis de agosto de dos mil nueve (2009). Referencia.: Expediente. No. 08001-3103-003-2001-00198-01

Proceso ordinario. Responsabilidad médica. Indemnización derivada del daño emergente y lucro cesante, así como los perjuicios morales recibidos

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAN NAMEN VARGAS. Bogotá, D.C., Primero (1°) de julio de dos mil ocho (2008). Referencia. Expediente 2001-00803-01

Proceso Ordinario de nulidad de contrato de hipoteca de vivienda familiar e inscripción de afectación de registro.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. Bogotá, D. C., veintisiete

(27) de noviembre de dos mil siete (2007). Referencia: Expediente. 41001 3103 005 2002 00081 01.

Proceso ordinario de prescripción adquisitiva de dominio.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil seis (2006). Referencia: expediente 1995-29402-02.

Proceso Ordinario declarativo de inoponibilidad de renuncia a gananciales.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002).Ref. Expediente No. 6426.

Proceso de declaración de filiación natural. Paternidad.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5937.

Proceso ordinario reivindicatorio.

SENTENCIAS EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL QUE INCORPORAN EL AFORISMO COMO DICHO DE PASO U OBITER DICTA

Los demás procesos, aunque son de naturaleza comercial, incorporan el aforismo como obiter dicta, razón por la cual no determinan cambio en la jurisprudencia, y tampoco fueron el motivo de la decisión de la corte:

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. Bogotá, D. C., seis (6) de

agosto de dos mil diez (2010). Referencia.: Expediente 05001-3103-017-2002-00189-01

Proceso ordinario de nulidad o ineficacia de contrato de compra de acciones.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil nueve (2009). Treinta y uno (31) de agosto de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente 17001-3103-005-2003-00318-01.

Proceso ordinario declarativo de responsabilidad contractual por manejo de cuenta corriente.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente. 1995-9457-01.

Proceso ordinario de declaración de pertenencia por simulación de compraventa.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. Bogotá D. Capital., veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente C. No.1798.

Proceso ordinario de declaración de responsabilidad civil por manejo de cuenta de ahorros.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002). Referencia: Expediente No. 6430.

Proceso ordinario de responsabilidad médica contractual y subsidiariamente extracontractual.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá D. C., treinta (30) de octubre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5830.

Proceso ordinario de declaración judicial para disolver y liquidar sociedad de hecho.

8.2. Objetivos específicos

8.2.1. Analizar la evolución de la aplicación del Iura Novit Curia en materia comercial por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en los últimos diez años.

		RESPUESTA 1	PROBLEMA JURÍDICO		RESPUESTA 2
		PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?		CRITERIO AUXILIAR
Año		IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA	RATIO DECIDENDI Citas	OBITER DICTA Citas	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
1	2010	54001-3103-002-2004-00270-01	6, 15 y 19		54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)
2	2010	05001-3103-017-2002-00189-01		x	05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)
3	2009	17001-3103-005-2003-00318-01.		Citado por casacionista	17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)
4	2009	08001-3103-003-2001-00198-01		17	08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)
5	2009	52001-3103-004-2000-00341-01		x	52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)
6	2009	11001310302003-00282-01		15	11001310302003-00282-01 (2009)
7	2008	20082001-00803-01		x	20082001-00803-01
8	2007	41001 3103 005 2002 0008101		x	41001 3103 005 2002 0008101
9	2006	1995-29402-02 (2006)		Citado por casacionista y por la corte	1995-29402-02 (2006)
10	2005	7725 (2005)		x	7725 (2005)
11	2005	1995-9457-01 (2005)		x	1995-9457-01 (2005)
12	2005	1798 (2005)		x	1798 (2005)
13	2002	6426 (2002)		Salvamento de voto Cita 17	6426 (2002)
14	2002	6430 (2002)		x	6430 (2002)
15	2001	5906 (2001)		1,6	5906 (2001)
16	2001	5937 (2001)		x	5937 (2001)
17	2000	5830 (2000)		x	5830 (2000)
18	2000	5602 (2000)	x		5602 (2000)
19	1999	5099 (1999)	1		5099 (1999)

Los datos consignados permiten observar que la Corte Suprema de Justicia utiliza usualmente el aforismo como criterio auxiliar de interpretación y en menor proporción como precedente jurisprudencial.

Como resultado de ello, la expresión o brocárdico constituye un dicho de paso u obiter dicta en contraposición con las veces en que es utilizado como subregla de derecho o principio jurídico. Es decir, aunque en algunos de los pasajes se le señale como principio del derecho, su utilización al caso concreto no pasa de ser un argumento retórico e inocuo frente a la decisión tomada.

Se aprecia que la Corte inicia restringiendo la aplicación del aforismo en la resolución del recurso en las sentencias de los años 1999 y 2000, pero en el año 2001, actuando como sede de instancia da un giro que permite a la corte, variando la premisa jurídica de la demanda más no la fáctica, ordenar la práctica de pruebas de oficio con el fin de reconocer una responsabilidad civil extracontractual por el accidente de un pasajero en una flota de buses.

Es más, uno de los requisitos de la demanda de responsabilidad civil extracontractual, es la tasación de los perjuicios, lo cual no fue cumplido por el demandante y se subsanó por la corte con la práctica de las pruebas ordenadas, para concluir con la sentencia sustitutiva 064 de 2003, expediente 5906 de 2001.

A partir de la sentencia de 5906, la corte se toma ciertas libertades con base en el aforismo y procura garantizar el derecho de los accionantes, corrigiendo los yerros, interpretando ampliamente la causa petendi para brindar la llamada justicia material y adecuando los hechos a la premisa normativa que en criterio del juez sea la pertinente, con prescindencia de la utilizada por los demandantes.

En el 2010, la Corte retoma su posición de exigir un riguroso apego a las técnicas de la casación y adicionalmente, cierra las puertas a la posibilidad de establecer un único régimen de responsabilidad civil en el caso de los daños o incumplimiento de contrato en transporte de pasajeros, lo cual había sido un avance reconocido en el año 2001.

Aquí la corte señala que la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito cuando se desplaza como pasajero es la contractual, y que en caso de seguirse el proceso por una cuerda diferente, o demandarse la responsabilidad civil extracontractual, el recurso de casación y en general la acción, resulta infructuosa.

En la Ratio, la estructura citacional muestra una posición inicial de dos sentencias (5602-2000 y 5099-1999) que tratan el aforismo en una forma restrictiva y se prohíbe condenar al demandado por causa diferente a la invocada en la demanda, haciendo hincapié en la necesidad de que en los diferentes pronunciamientos de

fondo, integrantes de la parte dispositiva de una sentencia, exista y pueda apreciarse sin mayor dificultad un cierto grado de razonable correlación, tanto en lo que concierne a los sujetos a quienes vincula la relación jurídico-procesal como en lo que hace referencia a los elementos objetivos en torno a los cuales giró la controversia; es decir limita el uso del aforismo, en una de sus acepciones que es la de modificar la calificación jurídica de la demanda hecha por el demandante

En ésta posición, no le es lícito al Juez alterar los términos que identifican la controversia, decidiendo acerca de súplicas no formuladas, interpretando el tipo de responsabilidad civil que se reclama, ya sea contractual o extracontractual, o sobre asuntos extraños al debate planteado y que por ende los litigantes no sometieron a la jurisdicción, directrices conceptuales éstas que le permiten a la corte deducir un vicio de incongruencia y por eso contra ella procede el recurso de casación, la cual es concedida.

La Corte hace casi una comparación literal del petitum, con el fallo atacado, para verificar que tanto lo uno como lo otro guarden correspondencia o congruencia, sacrificando de ésta manera el deber-poder del juez de conocer el derecho y aplicarlo al caso concreto.

A partir del año 2001, con una sentencia que se considera hito, se presentan regularidades evidentes sobre la ratio durante 9 años, que permiten al juez corregir la calificación jurídica hecha por las partes, posición que es corroborada en sentencias que son citadas sistemáticamente en toda la línea, otras sentencias aparecen de manera esporádica, lo que permite establecer cuales mantienen la línea jurisprudencial y cuales se alejan de ella.

8.2.2. Conocer los razonamientos legales de la aplicación del Iura Novit curia en los fallos realizados por la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en el período analizado. (Ratio)

Determinar en cuantas sentencias el aforismo fue utilizado como ratio decidendi.

		RESPUESTA 1	PROBLEMA JURÍDICO	RESPUESTA 2
		PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL RESTRICCIÓN INTERPRETACIÓN EN	¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?	PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL LIBERTAD DE INTERPRETACIÓN
Año		IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA	RATIO DECIDENDI Citas	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
1	2010	54001-3103-002-2004-00270-01	Cita la 6, la 15 y la 19	54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)
2	2010	05001-3103-017-2002-00189-01		05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)
3	2009	17001-3103-005-2003-00318-01.		17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)
4	2009	08001-3103-003-2001-00198-01		08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)
5	2009	52001-3103-004-2000-00341-01		52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)
6	2009	11001310302003-00282-01		Es citada por la uno 11001310302003-00282-01 (2009)
7	2008	20082001-00803-01		20082001-00803-01
8	2007	41001 3103 005 2002 0008101		41001 3103 005 2002 0008101
9	2006	1995-29402-02 (2006)		1995-29402-02 (2006)
10	2005	7725 (2005)		X No es citada 7725 (2005)
11	2005	1995-9457-01 (2005)		1995-9457-01 (2005)
12	2005	1798 (2005)		1798 (2005)
13	2002	6426 (2002)		6426 (2002)
14	2002	6430 (2002)		6430 (2002)
15	2001	5906 (2001)		Es citada por la 1 y la 6 5906 (2001)
16	2001	5937 (2001)		X No es citada 5937 (2001)
17	2000	5830 (2000)		Es citada por la 4 y la 13 5830 (2000)
18	2000	5602 (2000)		5602 (2000)
19	1999	5099 (1999)		Es citada por la uno X 5099 (1999)

Solo ocho (8) sentencias de la Sala Civil tienen como soporte de la misma, ratio decidendi o como subregla jurisprudencial el aforismo o principio. Corresponden a un porcentaje de 0.421% de las 19 rastreadas y de ellas solo seis corresponden al tema jurídico comercial.

Las sentencias en las cuales se identifica como razón de la decisión el aforismo estudiado y con las cuales se efectuará el análisis sobre las razones legales que permiten fallar con base en éste, son:

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).- Referencia: Expediente 54001-3103-002-2004-00270-01.
Proceso ordinario declaración de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato de transporte de pasajeros.

La corte, corrobora postura jurisprudencial, en la que la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito cuando se viaja en calidad de pasajero es contractual, razón por la cual opera la prescripción del código de comercio y pone un dique de contención a las corrientes que propugnan, por la consolidación en uno, de los dos bloques de responsabilidad civil, lo cual impone términos de prescripción diferentes.

En responsabilidad civil extracontractual se produce la prescripción para el daño proveniente de delito o culpa en el término señalado en el código penal para la prescripción de la pena principal y para terceros responsables en un término de tres años contados a partir de la perpetración del acto que produce el daño según el artículo 2358 del código civil y en la contractual por haber surgido la obligación de reparar el daño del contrato de adhesión y por ende consensuado como pasajero, la prescripción se rige según el artículo 993 del código de comercio, y se empieza a contar un término de dos años desde el día en que haya concluido la obligación de conducción.

El accidente ocurrió el 22 de mayo de 2000 y la demanda presentada el 14 de diciembre de 2004, época para la cual había ocurrido el fenómeno de la prescripción de la acción de responsabilidad civil contractual, más no la extracontractual, por cuanto para esta, la acción prescribe en el mismo número de años establecidos para la pena principal.

Sin embargo, ésta no fue la razón de la corte para confirmar la sentencia del tribunal. La misma consistió en que la acción era contractual y por tanto tenía razón el tribunal en que había operado la prescripción, razón por la cual no hubo, en criterio de la corte vulneración o choque entre la norma sustancial y la aplicación dada por el juez.

El tribunal modifica la calificación jurídica de la demanda hecha por el demandante de responsabilidad civil extracontractual a contractual.

Aunque la corte reprocha la decisión, puesto que la acción impetrada no era la contractual sino la de responsabilidad civil extracontractual, sin embargo no casa la sentencia impugnada por otras razones expresadas así:

“6.3.3. Así las cosas y habiéndose definido ya que la acción intentada es de responsabilidad civil extracontractual, deviene como conclusión indefectible la improcedencia de la misma en frente de la empresa transportadora, pues mediando entre ella y la víctima un contrato de transporte en cuya ejecución, se reitera, se provocaron las lesiones corporales y psicológicas así como los daños patrimoniales cuyo resarcimiento aquí persigue el actor, la única vía que él, como pasajero lesionado, tenía a su disposición para conseguir que se le indemnizaran los daños causados, era la de ejercer una acción de responsabilidad civil contractual, tal y como lo tiene precisado la doctrina de la Corte desde antaño.”

Es decir de un lado reprocha la conducta del tribunal, pero luego acoge su posición jurisprudencial, lo cual en la práctica niega la realización de la justicia material. Es decir se accede al órgano de administración de justicia, se ritúa el proceso, pero no se obtiene, aunque exista causa para ello, el resarcimiento del derecho violado o conculcado, por el simple hecho de mantener fórmulas sacramentales a las cuales se debe someter al accionante, al momento de acudir a la jurisdicción.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., seis (06) de julio de dos mil nueve (2009). Trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. 52001-3103-004-2000-00341-01. Proceso Ordinario de declaración de condición de mandatarios ocultos en contrato de compraventa.

No cita expresamente el aforismo, pero lo justifica para los jueces de conocimiento en su acepción de conocer, interpretar y aplicar el derecho en el siguiente argumento:

4...El tribunal concluyó soportando en la interpretación de la demanda y en las pruebas, la responsabilidad de la entidad bancaria no en el incumplimiento del contrato de mutuo, sino en el debito inmediato e inconsulto de los dineros consignados en la cuenta corriente bancaria para imputarlos a obligaciones de terceros, soporte medular del fallo.

*En consecuencia, pese a la respetable perspectiva de la censura, los fundamentos fácticos y normativos de la demanda, ofrecen razonabilidad a la inteligencia interpretativa del juzgador, una de las tantas admisibles, pues **'cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se le considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda el objetivo de dicho libelo, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que su conducta implique error de hecho manifiesto porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta'** (CLII, 205), prevaleciendo 'el amplio poder de interpretación que en este ámbito el ordenamiento positivo les reconoce a los juzgadores (...), no solamente para que desentrañen la verdadera intención del demandante en guarda del principio según el cual es la efectividad de los derechos subjetivos el fin que a través de aquél escrito [demanda] se busca, sino también para que libremente determinen y declaren las normas aplicables a los hechos integrantes del objeto demandado cuya certeza de antemano ha sido verificada en el fallo' (CCXXXI, p. 704)" (cas.civ. sentencia. 084 de 27 de agosto de 2008).*

Según la corte, en virtud del principio de iura novit curia regente en nuestro ordenamiento, se establece que las falencias en la argumentación jurídica, "su omisión o error, debe ser salvado por el funcionario judicial", lo cual acepta sea un ejercicio hermenéutico de la primera y segunda instancia.

Esta posición jurisprudencial, es en extremo ajena al estricto procedimentalismo de la corte que exige requisitos rigurosos para la interposición y el trámite del

recurso extraordinario, pero abre la posibilidad de garantizar el derecho sustancial a través de la realización de la justicia material en instancias inferiores.

Sin embargo, en la misma sentencia cierra la posibilidad de que pueda hacerlo la Corte, citando pasajes de providencias que eliminan la opción de utilizar la facultad deber del juez de conocer el derecho, como un ejercicio de adecuación de los hechos a la norma en el recurso de casación.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrada Ponente. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Bogotá, D. C., Tres (3) febrero de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. N° 11001310302003-00282-01.

Proceso ordinario de responsabilidad civil por manejo de depósito a término.

El banco entendió que el depósito a término era colectivo (doble titular) y en realidad los beneficiarios eran dos personas individualmente, por lo anterior al haber pagado la totalidad del título al demandante de un proceso de divorcio, se dedujo una responsabilidad civil que no deriva del contrato sino de un abuso del derecho, razón por la cual condena al establecimiento bancario.

Los hechos fueron demostrados y la premisa jurídica permitía deducir ambas responsabilidades, la contractual o la extracontractual, en forma individual o en forma conjunta.

La demanda introduce elementos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, lo cual abre una mayor posibilidad de que la pretensión tenga éxito. En algunas ocasiones el juez ordena la corrección de la demanda, en otras la interpreta con fundamento en el aforismo. Adicionalmente, esta forma de presentar la demanda disminuye el riesgo de que el recurso de casación tenga éxito para la contraparte.

No solo se utiliza esta argucia jurídica en los negocios y demandas derivadas de la actividad bancaria, también se ha utilizado en litigios de responsabilidad civil por accidentes de tránsito, con éxito en algunos casos, aunque la corte considere que la acción de responsabilidad es la contractual, en los casos de los pasajeros que sufren daño en accidente de tránsito, ha casado sentencias como de responsabilidad extracontractual por la indeterminación de la responsabilidad en la

presentación de la demanda. De hecho el proceso por el que se tramitan ambas responsabilidades es el mismo, el proceso ordinario.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente número 7725.
Proceso Ordinario de declaración de terminación de contrato de depósito en compraventa de bien inmueble. (Ratio)

Cuando se ataca la sentencia por violación directa de la ley sustancial, que con motivo de la casación prevé la causal primera del artículo 368 del código de procedimiento civil, la corte impone la obligación o carga de conocer el derecho al censor.

Es decir, en caso de incluir en los cargos de la causal primera, discrepancias con las apreciaciones fácticas y probatorias del proceso, se presenta una deficiencia técnica que impide el análisis del cargo y da al traste con la acusación, porque dichos yerros solo pueden abordarse por la vía indirecta como error de hecho.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No.5906.

Proceso Ordinario de Responsabilidad Civil por transporte de pasajeros.

En éste caso aunque es conocida la jurisprudencia de la Corte, de que la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual, considera el alto tribunal que el ad quem al denegar las pretensiones del actor incurre en yerro de facto con el carácter de manifiesto y trascendente, en razón a que el actor elige la vía equivocada para hacer su reclamación. Sin embargo, la Corte amparada en que en ninguna parte del texto del libelo introductorio o la demanda se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos, casa la sentencia y en su lugar confirma la sentencia del juzgado y se aventura en su contenido a decretar pruebas de oficio para tasar los perjuicios recibidos, lo que es reconocido y ordenado en sentencia sustitutiva. Profundizando en la facultad-deber del juez, señala que aún en el evento de que haya una denominación incorrecta de la acción impetrada consignada en la demanda, dicha circunstancia no tiene porque

repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: *jura novit curia*.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.
Magistrado Ponente: Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.
Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000). Referencia:
Expediente No.5602
Proceso ordinario de declaración judicial de responsabilidad civil por transporte aéreo de pasajeros.

La posibilidad de concurrir ante la autoridad jurisdiccional para pretender determinado pronunciamiento, entraña la convergencia de dos conceptos fundamentales inmersos dentro del derecho procesal, como lo son el derecho de acción que se define como aquel que tiene toda persona de obtener del estado a través de la jurisdicción una tutela judicial efectiva y la pretensión entendida ésta como la solicitud formulada por una de las partes.

La Corte en ésta sentencia recuerda los elementos de la pretensión procesal, los cuales permiten identificar la controversia objeto del proceso. Son ellos sujetos (partes y Juez), objeto (la tutela o derecho que se reclama) y la causa conformada por el *petitum* (lo pedido) y la causa *petendi* de hecho y de derecho o de forma más general, entendida ésta última como el conjunto de hechos de relevancia jurídica en que el actor fundamenta su pretensión.

Estos elementos le otorgan un grado de singularidad e individualidad a cada acción instaurada, constituyendo en consecuencia uno de los factores esenciales del libelo que en la sentencia no pueden ser alterados, toda vez que en este ámbito, como lo tiene definido la jurisprudencia con respaldo en las normas de rango legal, la facultad del juez queda reducida a la apreciación del título específico de la demanda tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la causa *petendi* uno de los límites que se establecen en la *litis contestación*.

Es decir la jurisprudencia se fundamenta en normas de rango legal para circunscribir el derecho de acción a la pretensión incoada, sin detenerse en la norma superior o los más altos valores de la administración de justicia.

Según esta posición, si el Juez en ejercicio de la actividad jurisdiccional altera la calificación jurídica de lo solicitado (*petitum*) o de la causa de derecho, la decisión tomada presenta el vicio de incongruencia o inconsonancia, lo cual es causal de casación por la diferencia entre lo pedido o excepcionado por las partes y lo concedido por el juez.

Con base en lo anterior, la corte limita el uso del aforismo por parte del juez a una labor de interpretación que busca la subsunción de la norma en la causa fáctica, sin que pueda aventurarse en otra dirección, independientemente de si con ello se vulnera el objeto de la pretensión, es decir, al máximo órgano encargado de administrar justicia no le interesa el derecho reclamado, o el derecho objetivo o sustancial violado, le interesa el procedimiento utilizado por las partes o por el juez para tramitar el *thema decidendum*, entendido éste, como el problema circunscrito a los términos de la demanda y de su contestación.

Encuentra soporte en el principio dispositivo, imperante en la jurisdicción ordinaria según lo sostiene reiteradamente la corte y que entrega a las partes la facultad y el deber o la carga de proponer las acciones y las excepciones, sobre las cuales se debe pronunciar el juez con prescindencia de cualquier otra consideración. Es por ello que encontramos en la cita transcrita, reglas o máximas orientadoras del principio dispositivo, entre ellas *“no se puede juzgar de oficio; no se puede juzgar sin actor”* (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore*).

La sentencia cita otra de 1999 (5099), identificándose con su contenido, brindando una aproximación inicial al uso del aforismo por parte de la corte, la cual representa un hito o mojón que delimita la posición de la alta corporación, el cual se mueve en el año 2001 a una posición más garantista de los derechos reclamados y que posteriormente, en el año 2010 regresa a la posición inicial.

8.2.3. Establecer en el período analizado en qué procesos el aforismo fue utilizado por el casacionista y en cuales por la corte.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: IURA NOVIT CURIA EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL EN COLOMBIA

	RESPUESTA 1	PROBLEMA JURÍDICO		RESPUESTA 2
	PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?		CRITERIO AUXILIAR
Año	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA	CITADO POR LA CORTE	CITADO POR EL CASACIONISTA	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
2010	54001-3103-002-2004-00270-01	X		54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)
2010	05001-3103-017-2002-00189-01	X		05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)
2009	17001-3103-005-2003-00318-01.		X	17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)
2009	08001-3103-003-2001-00198-01	X		08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)
2009	52001-3103-004-2000-00341-01	X		52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)
2009	11001310302003-00282-01	X		11001310302003-00282-01 (2009)
2008	20082001-00803-01	X		20082001-00803-01 (2008)
2007	41001 3103 005 2002 0008101	X		41001 3103 005 2002 0008101 (2007)
2006	1995-29402-02 (2006)		X	1995-29402-02 (2006)
2005	7725 (2005)	X		7725 (2005)
2005	1995-9457-01 (2005)	X		1995-9457-01 (2005)
2005	1798 (2005)	X		1798 (2005)
2002	6426 (2002)	X		6426 (2002)
2002	6430 (2002)	X		6430 (2002)
2001	5906 (2001)	X		5906 (2001)
2001	5937 (2001)	X		5937 (2001)
2000	5830 (2000)	X		5830 (2000)
2000	5602 (2000)	X	X	5602 (2000)
1999	5099 (1999)	X		5099 (1999)

De las diecinueve sentencias, solo en tres ocasiones el aforismo es citado por las partes, en una ocasión por la corte y las partes, y en las restantes quince por la corte suprema.

De igual forma si se compara el número de sentencias aprobadas por la sala civil en el período estudiado que ascienden a 4367, versus el número de sentencias en las que las partes citan el aforismo, llegamos a la conclusión que existe un notorio desconocimiento o marcado desinterés en la utilización del mismo, por parte de los accionantes.

8.3. HIPÓTESIS

8.3.1. Variable 1

Evaluar si la aplicación del iura novit curia por la corte fue motivo de cambio de la decisión del tribunal.

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).- Referencia: Expediente 54001-3103-002-2004-00270-01.
Proceso ordinario declaración de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato de transporte de pasajeros.

Ante demanda presentada para solicitar la declaración de responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia en la que negó las excepciones formuladas por los demandados, **declaró la responsabilidad extracontractual** de la empresa por los daños causados al actor en el accidente de tránsito de que da cuenta la demanda y, en tal virtud, los condenó. El Tribunal Superior del Distrito Judicial, mediante el fallo impugnado en casación, **revocó la sentencia** de primer grado y, en su defecto, declaró probada la excepción propuesta por la parte demandada de que existe una **responsabilidad contractual** en el contrato de transporte, sentencia que **NO CASA** la corte.

Esta decisión contraría o modifica la posición jurisprudencial del alto tribunal pues en la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001) Referencia: Expediente No. 5906, sobre un tema análogo en la premisa fáctica se había expresado así:

*En consecuencia, siendo suficientemente conocido en virtud de la claridad que al respecto ha hecho la jurisprudencia de la Corte, que la pretensión del pasajero lesionado es de naturaleza contractual, incurrió en yerro de **facto** con el carácter de manifiesto y trascendente el Tribunal al denegar las pretensiones del actor, so pretexto de éste haber elegido la vía equivocada para hacer su reclamación, no obstante que en ninguna parte del texto del libelo introductorio se bautizó o se le puso nombre a las pretensiones formuladas, sino que simplemente se pusieron a consideración del fallador los hechos antes mencionados, los cuales sin ningún esfuerzo muestran que las pretensiones tienen su génesis en el incumplimiento del contrato de transporte por parte de la empresa demandada. Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: **jura novit curia**.*

El tribunal estableció una responsabilidad extracontractual de la empresa Transportes Rápido Tolima S.A. y Alfonso Parra Pérez. La única diferencia con la sentencia objeto de estudio radica en que en el libelo introductorio del proceso que da origen a la sentencia 5906 de 2001, no se especificó el tipo de responsabilidad reclamada, si contractual por el contrato de transporte, o extracontractual por los daños sufridos en el accidente.

En el caso referido, al igual que en el caso estudiado, la primera instancia culminó con sentencia que accede a las pretensiones de la demanda, luego de declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por los demandados.

En forma similar el ad quem resolvió revocar la sentencia recurrida y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que el actor se equivocó al plantearlas dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, pese a que ésta difiere sustancialmente de la de tipo contractual, y que debía ser el objeto de la demanda.

Sin embargo, la corte apoyada en el aforismo iura novit curia, accede a la petición del recurso extraordinario y CASA la sentencia, proferida por la Sala Civil - Laboral del Tribunal Superior, en el proceso ordinario

adelantado por el pasajero contra la empresa transportadora y el dueño del vehículo. Adicionalmente, la Corte en sede de instancia decreta pruebas de oficio para tasar los daños sufridos y profiere sentencia sustitutiva el 26 de junio de 2003.

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., seis (06) de julio de dos mil nueve (2009). Trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. 52001-3103-004-2000-00341-01. Proceso Ordinario de declaración de condición de mandatarios ocultos en contrato de compraventa.

La demanda, solicitó principalmente declarar que los demandados, actuaron como mandatarios ocultos en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1471 otorgada el 14 mayo de 1999 en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto, sobre el bien inmueble objeto de la demanda, la ausencia de derechos de los demandados sobre el bien, su obligación de transferirle y restituirle el inmueble por escritura pública dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y la condena a pagar los frutos civiles y naturales causados y dejados de percibir desde el mes de febrero del 2000 hasta la restitución del bien, así como las costas del proceso.

La primera instancia **niega la pretensión** principal de declarar a los demandados como ejecutores de un contrato de **mandato oculto**, pero **en forma subsidiaria declara** que existió un **contrato de compraventa simulado** y en consecuencia se reputa el actor como real comprador del inmueble.

En consecuencia, el a quo declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, denegó las pretensiones principales y acogió las subsidiarias, declarando la simulación relativa y subjetiva del contrato de compraventa así como la calidad de comprador del demandante sobre el inmueble, ordenó la entrega real y material del bien al actor, y condenó en frutos y costas a los demandados. Apelada la sentencia de primer grado, **el ad quem la confirmó** y finalmente la corte **NO CASA** la sentencia.

Resulta paradójico o contrario a la lógica, que la corte avale que el juez de primera y segunda instancia puedan salvar las falencias de la argumentación jurídica, como lo hizo el tribunal al acoger las pretensiones subsidiarias, pero que cuando

se cometen falencias en la interposición de la causal primera del recurso extraordinario de casación, deba declarar inane o infructuoso el recurso en razón a que el debate debe ser centrado en la correcta o incorrecta aplicación o inaplicación de la norma jurídica que se hizo operar en el asunto que se desata, es decir la confrontación tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas.

Esta posición exige por tanto, que quien conozca el derecho sea el accionante y el juez del alto tribunal solo se limita a confrontar lo aseverado por el casacionista, versus su autorizado conocimiento del derecho.

El aforismo citado por la Corte soporta el fallo del tribunal y mantiene la posición jurisprudencial que permite a las instancias inferiores, efectuar una calificación jurídica de la demanda diferente a la que sostiene el actor.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrada Ponente. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Bogotá, D. C., Tres (3) febrero de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. N° 11001310302003-00282-01.

Proceso ordinario de responsabilidad civil por manejo de depósito a término.

Pide la actora se declare la **responsabilidad contractual** del accionado y que por tanto debe pagarle una suma de dinero en razón a que constituyó un CDT en compañía de otra persona, del cual eran propietarios en diferentes porcentajes y que se dispuso de la totalidad del depósito y se entregó a un proceso de divorcio del otro depositario, sin reconocer el porcentaje que a ella le correspondía.

El Juzgado de conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante providencia en la que declaró que la promotora del proceso no tenía legitimación en la causa y negó en su integridad las pretensiones; decisión que recurrida en alzada y fue revocada por el superior por mayoría y, en su lugar, condenó al Banco por su **responsabilidad extracontractual**, a pagar los perjuicios ocasionados. La Corte Suprema confirma decisión del tribunal y NO CASA la sentencia de 1° de febrero de 2008, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La aplicación del aforismo no fue motivo de cambio de la decisión del tribunal por parte de la Corte, por el contrario soportó el hecho de que el tribunal haya revocado la sentencia del a quo quien interpretó que aunque la responsabilidad reclamada era la contractual, debía reconocer una responsabilidad civil extracontractual, en razón a que el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, en forma sistemática pero no mecánica, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal. Sostiene que la interpretación de la demanda y las premisas allí contenidas, por parte del inferior, deben trascender su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante.

De igual manera la Corte reconoce en la sentencia que existen demandas que no son un dechado de virtudes en la forma de argumentar o presentar la premisa fáctica o jurídica, pero que dicha circunstancia o la falta de expresividad del libelista, no impide al juez avocar el estudio de la misma.

4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente número 7725.

Proceso Ordinario de declaración de terminación de contrato de depósito en compraventa de bien inmueble.

Los demandantes convocaron a juicio ordinario al demandado para que se declarara que el contrato de depósito pactado y contenido en una cláusula de escritura pública terminó debido a que el depositario no le dio cabal aplicación a los términos del depósito, ni usó el dinero depositado en cancelar el crédito para el cual fue constituido; y para que se lo condenara a restituirle a la sucesión del de cujus, representada por los accionantes, el valor dejado de recibir para el pago de un crédito que tenía con un banco antes de su muerte y que fue cancelado por el banco una vez éste falleció.

Por sentencia el Juzgado Civil del Circuito culminó la primera instancia, en la que declaró probada la excepción propuesta y, consecuentemente, **negó las pretensiones**. Al desatar la apelación interpuesta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial le puso fin a la alzada mediante fallo, en el que **revocó el del a-quo** y, en su lugar, declaró infundada la excepción y “que el mandato pactado” entre el causante y el convocado al litigio, “para pagar parte del precio del inmueble”,

previsto “en el numeral 4º de la escritura 6.537 de la Notaría, terminó”; condenó entonces al demandado a pagarle a la sucesión la suma dejada a él en calidad de depósito, debidamente actualizada. La Corte Suprema **NO CASA** la sentencia del tribunal y avala la modificación que éste le da a la calificación jurídica.

El objeto de la demanda, solicita la terminación de un **contrato de depósito** y el tribunal interpreta que se trata de un **contrato de mandato**, y en criterio de la Corte ningún error cometió, ni irrumpió las fronteras que le señalaba el texto que dio inicio al proceso por cuanto al otorgarle esa comprensión ejerció, dentro de los límites legalmente establecidos, la autonomía que le es propia para interpretar que esa era la concepción jurídica que a su juicio se desprendía de los hechos y la demanda; dando otra calificación jurídica al acto bilateral sobre el que se le solicitó la declaración de terminación.

El aforismo es utilizado como soporte de la ratio, para señalar que el tribunal podía darle otra calificación jurídica al acto bilateral sobre el que se solicitó la declaración de terminación, siempre y cuando lo hiciera en forma que garantizara el principio de derecho de defensa, lo cual fue cumplido y que además de cumpliera con el principio de congruencia entre lo pedido y lo otorgado.

Sin embargo, añade que en la jurisdicción civil ordinaria prima el principio dispositivo, con lo cual lo solicitado por las partes será la obligada directriz que rija el proceso sin que el juez pueda recortar o extender lo pedido.

Se impone entonces la obligación de devolver la suma recibida del vendedor para el pago de la acreencia bancaria, por cuanto la aseguradora canceló dicho dinero en cumplimiento del contrato de seguro existente entre el decujos y el banco, para garantizar la deuda en caso de muerte.

5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No.5906.

Proceso Ordinario de Responsabilidad Civil por transporte de pasajeros.

Mediante escrito presentado por el accionante, se demandó la **responsabilidad civil** de una empresa transportadora de pasajeros para que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarara que es solidaria y civilmente

responsable de todos los perjuicios tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como morales ocasionados al demandante, quien viajaba como pasajero en un accidente de tránsito protagonizado por un vehículo de la empresa.

La primera instancia culminó con sentencia **accediendo a las pretensiones** de la demanda por **responsabilidad civil extracontractual**, luego de declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por los demandados. La anterior decisión fue **revocada en su integridad por el Tribunal Superior** al considerar que existió una **responsabilidad contractual**, mediante fallo que se profirió en virtud del recurso de apelación que interpusieron ambas partes contra la sentencia de primer grado. La Corte Suprema, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil - Laboral del Tribunal Superior, en el proceso ordinario adelantado por el demandante contra la empresa transportadora y el dueño del vehículo y en sede de instancia decreta pruebas de oficio para tasar los perjuicios sufridos por el demandante.

Dos aspectos importantes se deben resaltar de ésta sentencia, a efectos de establecer un hito o punto de partida para los análisis que se hacen de las otras.

El primero es que se hace un profundo y extenso análisis de los aforismos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, el cual sirve de soporte doctrinal y jurisprudencial en la sala civil y por tanto es citada en posteriores providencias, en algunos casos como dicho de paso u obiter dicta y en otros como ratio decidendi pero para modificar la jurisprudencia, por tanto se constituye en un referente o hito de la jurisprudencia de la Corte en relación con el aforismo estudiado.

En segundo lugar no es usual que la corte actué como sede de instancia lo cual realiza en éste caso y para dictar sentencia sustitutiva decreta pruebas de oficio y notifica a las partes para que ejerzan el derecho de contradicción.

El juez de primera instancia interpretó la demanda en defensa del derecho sustancial violado, al considerar que la misma se fundamentaba en una responsabilidad extracontractual y no contractual, pasando por alto que tanto en las pretensiones como en los hechos que le sirven de sustento, el demandante fue presentado como titular de unos derechos que se derivaban de su relación contractual con la empresa transportadora demandada. Sin embargo la presentación de la demanda no calificó la responsabilidad en contractual o extracontractual sino como responsabilidad civil en general, sin que se hubiere exigido por parte del juez la corrección de la demanda. Esto le permitió al juez de

primera instancia dar la calificación jurídica adecuada a la pretensión mediante el uso del aforismo y a la corte casar la sentencia

Contrario a lo que sostiene una reiterada posición jurisprudencial sobre la necesidad de tasar los daños materiales para evitar las condenas en abstracto y declarar desierto o inane el recurso, en éste caso el magistrado ponente, haciendo un excelente trabajo de magistratura, ordena las pruebas necesarias para tasar los perjuicios y otorgar el derecho o tutela reclamada.

6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.
Magistrado Ponente: Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.
Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000). Referencia:
Expediente No.5602
Proceso ordinario de declaración judicial de responsabilidad civil por transporte aéreo de pasajeros.

Mediante demanda de la conyugue de un pasajero de una aeronave que sufrió un accidente en que murieron los 49 ocupantes y la tripulación, se convocó a un proceso ordinario a la sociedad AEROVIAS DE LA PESCA Y COLONIZACION DEL SURESTE COLOMBIANO -AEROPESCA LTDA.-, hoy INTERCONTINENTAL DE AVIACION S.A., para que en sentencia que hiciera tránsito a cosa juzgada, y se declarase que la sociedad demandada incumplió sus obligaciones de transportador aéreo, frente al contrato celebrado con el pasajero, en virtud del cual se obligó a transportarlo por la ruta Florencia-Neiva-Bogotá, en el vuelo No. 221 de 26 de agosto de 1981, que se efectuó en el avión HK-1320 y que nunca llegó a su destino, por causas imputables a la empresa demandada.

La demandante impetró además que, como corolario de lo anterior, se declarase que la empresa demandada era responsable civilmente, en forma contractual por el insuceso y que, en virtud de tal declaración se condene a la empresa aludida a pagar a la actora los perjuicios por ella sufridos como cónyuge sobreviviente del pasajero. En la demanda inicial se otorgó poder que facultó al apoderado de la parte demandante para demandar por **responsabilidad civil extracontractual** y el apoderado solicitó la declaración da **responsabilidad contractual**. Ante oposición del demandado y a solicitud del juzgado se modificó el poder y se encauzó el proceso por la reclamación de la **responsabilidad civil extracontractual** ratificando la actuación del apoderado en el proceso.

El proceso lo conoce el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el cual le puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que decidió **denegar las pretensiones** de todos los demandantes del accidente aéreo y, en razón de ello, se abstuvo de pronunciarse respecto de la relación sustancial entre la parte demandada y la Compañía de Seguros. Los demandantes interpusieron contra la sentencia el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el cual los decidió mediante sentencia, en la que resolvió **confirmar el fallo del a-quo**. Finalmente la Corte **NO CASA** la sentencia en razón al yerro cometido de haber incoado la acción mediante un proceso de responsabilidad civil extracontractual, y a que la calificación jurídica de la demanda solo podía ser modificada en las instancias inferiores, lo cual no podía ser suplido en ésta instancia por la corte.

Según la Corte el aforismo o principio 'iura novit curia' no faculta al juzgador para cambiar o alterar, a su criterio, los soportes fundamentales de la pretensión aducida privativamente por el demandante, pues aquel debe acatar dicho límite de acuerdo con los derroteros trazados por el artículo 305 del C.P.C. –modificado en 1989-, especialmente en lo tocante con la acción escogida por éste. La Corte impide que el ad quo corrija el inadecuado empleo de las acciones correspondientes, v. gr. cuando se reclama la indemnización de perjuicios por la vía contractual, debiendo haberse utilizado la acción de carácter extracontractual o viceversa.

Sostiene que en el trámite del recurso extraordinario sólo puede estudiar los cargos que en forma precisa le ha indicado el censor, lo cual limita su actividad de interpretación, a lo consignado en el correspondiente libelo, independientemente que advierta, motu proprio, errores o dislates en la sentencia de segundo grado, los que no puede corregir en forma oficiosa o libre, so pena de desnaturalizar el recurso. Con ellos busca mantener una diferencia entre las facultades del juez inferior al decidir el recurso de apelación y su propia facultad deber en el recurso de casación, lo cual no se compadece con la modificación del ordenamiento jurídico colombiano, en el que éstas diferencias deben ser eliminadas al momento de administrar justicia para garantizar la tutela de los derechos reclamados. Más que un estado legalista como lo pretende mantener la corte, el estado creado por la constitución de 1991, es eminentemente garantista y se adscribe a corrientes filosóficas y políticas en las cuales el imperio de la ley es sustituido por el de la efectiva justicia material.

Para fundamentar su posición sostiene la corte en la sentencia estudiada:

*“He ahí esbozada la trascendencia -real y no retórica- de formular una demanda con sujeción a las reglas técnicas que lo informan, pues como lo tiene establecido esta Corporación, el ataque o confrontación de la sentencia de segunda instancia -considerada como *thema decisum*- ‘...no se lleva a cabo más que dentro del ámbito que delimite el propio impugnador de la decisión, porque pensando de otra manera, es decir, suponiendo que ella pudiese ejecutarse merced al propio impulso o iniciativa del juez de casación, se borrarían las fronteras con la apelación pues en ésta, como es sabido, la investigación de la norma llamada a servirle de medida al caso, es del resorte o de la incumbencia del juzgador’ (G.J. t. XXIII, p.269)” (Sentencia de marzo 23 de 2000, exp. 5259).*

8.3.2. Variable 2

Determinar en cuantas sentencias el aforismo fue utilizado como un obiter dicta.

		RESPUESTA 1	PROBLEMA JURÍDICO		RESPUESTA 2
		PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?		CRITERIO AUXILIAR
Año		IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA	RATIO DECIDENDI Citas	OBITER DICTA Citas	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
1	2010	54001-3103-002-2004-00270-01	6, 15 y 19		54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)
2	2010	05001-3103-017-2002-00189-01		x	05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)
3	2009	17001-3103-005-2003-00318-01.		Citado por casacionista	17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)
4	2009	08001-3103-003-2001-00198-01		17	08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)
5	2009	52001-3103-004-2000-00341-01		x	52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)
6	2009	11001310302003-00282-01		15	11001310302003-00282-01 (2009)
7	2008	20082001-00803-01		x	20082001-00803-01
8	2007	41001 3103 005 2002 0008101		x	41001 3103 005 2002 0008101
9	2006	1995-29402-02 (2006)		Citado por casacionista y por la corte	1995-29402-02 (2006)
10	2005	7725 (2005)		x	7725 (2005)
11	2005	1995-9457-01 (2005)		x	1995-9457-01 (2005)
12	2005	1798 (2005)		x	1798 (2005)
13	2002	6426 (2002)		Salvamento de voto Cita 17	6426 (2002)
14	2002	6430 (2002)		x	6430 (2002)
15	2001	5906 (2001)		1,6	5906 (2001)
16	2001	5937 (2001)		x	5937 (2001)
17	2000	5830 (2000)		x	5830 (2000)
18	2000	5602 (2000)	x		5602 (2000)
19	1999	5099 (1999)	1		5099 (1999)

El 60% de la citación que se hace del aforismo es utilizada como dicho de paso u obiter dicta, y corresponde a once (11) sentencias, una de las cuales contiene un salvamento de voto que cita el aforismo y en tres sentencias el aforismo es citado por el casacionista.

Para concluir el análisis de la línea jurisprudencial, se grafica la totalidad de los resultados del instrumento de medición, lo cual nos permite observar no solo la tendencia de la Corte sobre la utilización del aforismo, sino también su utilización por parte de los recurrentes.

La columna de la ratio decidendi se divide en dos para ubicar a la izquierda la posición formalista de la Corte en la utilización del aforismo y a la derecha las sentencias en que se ha tomado libertades en la interpretación de la demanda o avala o modifica la calificación jurídica del libelo genitor del proceso. Esta gráfica permite representar una curva decisional que marca la tendencia de la corte en diferentes años.

La hipótesis que afirma que “la aplicación judicial del INC soportada en fuentes extranjeras genera mayores riesgos para los empresarios colombianos en la posible resolución de conflictos jurídicos y económicos en materia comercial” es negada, de acuerdo a la evidencia de los datos consignados en los instrumentos y los análisis realizados, entre otras, por las siguientes razones:

- La Corte Suprema de Justicia utiliza esporádicamente el aforismo y su uso representa una milésima fracción de la totalidad de las decisiones tomadas.
- Se utiliza en la mayoría de los casos como expresión, brocárdico, o aforismo en forma retórica, y no como principio o regla de derecho.
- Cuando lo utiliza impone límites de tipo procedimental que impiden al juez o magistrado ampliar, reducir o corregir la calificación jurídica hecha por las partes, en la presentación o contestación de la demanda.
- Igualmente, en el recurso de casación, impone al accionante o resistente la carga de conocer el derecho por cuanto la primera causal de casación corresponde a la infracción o violación de la norma aplicada al caso concreto. La corte no realiza un ejercicio hermenéutico de interpretación de la calificación de la causa petendi de los accionantes, se limita a confrontar casi literalmente el cargo propuesto en el recurso de casación con la norma citada, para determinar si hubo violación o no de la misma.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: IURA NOVIT CURIA EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL EN COLOMBIA

	RESPUESTA 1	PROBLEMA JURÍDICO				RESPUESTA 2
	PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	¿ES OBLIGATORIA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CUANDO INCORPORA EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA COMERCIAL EL AFORISMO IURA NOVIT CURIA?				CRITERIO AUXILIAR
Año	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA	RATIO DECIDENDI	OBITER DICTA	CITADO POR LA CORTE	CITADO POR EL CASACIONISTA	IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA
2010	54001-3103-002-2004-00270-01	X			X	54001-3103-002-2004-00270-01 (2010)
2010	05001-3103-017-2002-00189-01		X	X		05001-3103-017-2002-00189-01 (2010)
2009	17001-3103-005-2003-00318-01.				X	17001-3103-005-2003-00318-01. (2009)
2009	08001-3103-003-2001-00198-01		X	X		08001-3103-003-2001-00198-01 (2009)
2009	52001-3103-004-2000-00341-01		X	X		52001-3103-004-2000-00341-01 (2009)
2009	11001310302003-00282-01		X	X		11001310302003-00282-01 (2009)
2008	20082001-00803-01		X	X		20082001-00803-01 (2008)
2007	41001 3103 005 2002 0008101		X	X		41001 3103 005 2002 0008101 (2007)
2006	1995-29402-02 (2006)		X		X	1995-29402-02 (2006)
2005	7725 (2005)		X	X		7725 (2005)
2005	1995-9457-01 (2005)		X	X		1995-9457-01 (2005)
2005	1798 (2005)		X	X		1798 (2005)
2002	6426 (2002)		X	X		6426 (2002)
2002	6430 (2002)		X	X		6430 (2002)
2001	5906 (2001)		X	X		5906 (2001)
2001	5937 (2001)		X	X		5937 (2001)
2000	5830 (2000)		X	X		5830 (2000)
2000	5602 (2000)	X		X	X	5602 (2000)
1999	5099 (1999)	X		X		5099 99)

9. CONCLUSIONES

En nuestro sistema jurídico, no solo debemos contemplar como derecho la Constitución y la ley, sino otra serie de normas jurídicas que obtienen el reconocimiento del súbdito a partir de su obediencia, o del ciudadano o comerciante a través de la práctica. Ésta última aseveración extiende el concepto de derecho e involucra además de la voluntad del soberano, la voluntad del ciudadano y en el caso del derecho comercial, la voluntad del comerciante, circunstancias que expanden el nivel de conocimiento del derecho que debe o tiene que tener el Juez en virtud de la aseveración o aforismo que sostiene que el Juez conoce el derecho *“iura Novit curia”*.

No es lo mismo conocer el derecho que interpretarlo y aplicarlo. La primera acción, la de conocer, exige tener la idea, entender y captar o aprehender por medio de facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y circunstancias de la creación y existencia de la norma. Interpretar, es explicar el sentido o significado de una norma aplicada al caso concreto.

La utilización del aforismo en Colombia tiene soporte constitucional y legal aunque no se encuentre expresamente consignado en nuestra legislación y es posible servirse del mismo para resolver el conflicto planteado por constituir un principio de derecho obligatorio en razón a los fines perseguidos por un estado constitucional como el nuestro. Así se desprende de las normas constitucionales y legales, la jurisprudencia constitucional y de los pronunciamientos de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Juez al aplicar el derecho, no solo deberá conocer el que nace de las fuentes formales, sino también el que nace de las fuentes materiales y las estipulaciones contractuales, para lo cual las partes deberán probar los acuerdos o convenciones a que hayan llegado, mediante una actividad probatoria previa al proceso judicial o en el proceso mismo, de conformidad con lo estipulado en los artículos 188, 189, 190, 193 y 259 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 6, 8 y 9 del Código de Comercio, que señalan las reglas para la prueba de la costumbre mercantil nacional, extranjera y la internacional respectivamente.

El uso del aforismo se ha extendido en forma importante en la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional Colombiana, en razón a que todos los jueces al cumplir

con el control constitucional en forma concreta, conocen e interpretan el derecho de manera singular sin que medie una sistematización de los precedentes jurisprudenciales expedidos por las altas cortes. En menor proporción se evidencia su uso en la jurisdicción contencioso administrativa y en los procesos ordinarios de carácter laboral.

Mientras en la página web de la Corte Suprema de Justicia en consulta jurisprudencial –sentencias de casación- y tutelas, se encuentran solo 40 sentencias que hacen referencia al aforismo *iura novit curia*, y 19 como *jura novit curia*; y en la página Web del Consejo de Estado se registran 53 sentencias con el aforismo *iura novit curia* y una con el aforismo *jura novit curia*, en la página Web de la Corte Constitucional se rastrea por el mismo medio 54 registros de sentencias de tutela e inexecutable con el aforismo *iura novit curia* y 991 con el aforismo *jura novit curia*.

El constituyente de 1991 aunque mantiene la división entre las ramas y órganos del poder público, obligándolos a colaborar en forma armónica como lo establece el artículo 113 de la Constitución Política, para lograr el cumplimiento de los fines del Estado (Art 2º CP), no previó la posibilidad de que en Colombia se pudiera implementar el llamado gobierno de los jueces con lo cual el aforismo estudiado ya no es un anacrónico dicho latino, sino un verdadero y actual mandato. El conocimiento del derecho ya no corresponde a un deber del Juez, sino a un problema epistémico relacionado con la posibilidad de que el operador jurídico conozca en forma exacta el derecho, lo cual puede variar según las formas de entender e interpretar el mundo o las relaciones sociales y económicas en determinadas épocas, con la consecuente inestabilidad o inseguridad jurídica para quienes acuden a fuentes del derecho que no se encuentran positivizadas por el legislador.

En el proceso no solo debemos limitarnos a realizar una afirmación, que al ser negada, se transforma en una simple proposición, entendida ésta, como una enunciación de una verdad que se trata de demostrar y que necesariamente debe ser confirmada por el Juez. Por el contrario, se busca una mayor participación del togado y de las partes en el proceso, mediante la aplicación de las fuentes integradoras del derecho sustancial o bloque de constitucionalidad, los principios generales del derecho y el aforismo o brocardo, para hacer prevalecer la justicia material sobre la formal. Excepcionalmente y con base en el aforismo estudiado, la

Corte Suprema de Justicia, preocupada por la realización de la justicia material, ha modificado su conocida posición jurisprudencial que exige del recurso de casación un rigor en extremo formalista, para conceder la tutela del derecho violado, lo cual ha sido recientemente revaluado.

El aforismo puede ser aplicado en forma intensa o con mayor fuerza, si se trata de proteger derechos fundamentales como la libertad, en cuyo caso debe ser aplicado atendiendo el principio de favorabilidad, la seguridad social o la salud, o en forma moderada o atenuada si se trata de derechos que puedan ser dispuestos por las partes, en cuyo caso el Juez debe guardar el medio entre los dos extremos en disputa, actuar en forma imparcial, equilibrada, por cuanto resolver el litigio de los derechos en pugna requiere de objetividad y apego a la causa fáctica, so pena de incurrir en denegación de justicia, arbitrariedad, o error, lo cual induce al sujeto procesal a impugnar la decisión injusta.

El aforismo permea no solo el derecho sustantivo, sino el procesal e incluso las fuentes del derecho. Su uso en Colombia es sumamente restringido en razón a que el principio dispositivo imperante en materia comercial y civil, representa un dique de contención para el juzgador, quien no asume un papel protagónico en el proceso. El impulso procesal corresponde a las partes y la facultad de indagar e investigar mediante la prueba de oficio, presenta limitaciones evidentes, en razón a que la concepción del juez en Colombia es la de un mero espectador del proceso, que solo se pronuncia una vez las partes hayan agotado el procedimiento y los argumentos.

El principio dispositivo que rige el proceso civil y en especial el mercantil, permite que las partes puedan someter todos los conflictos que puedan surgir de una relación civil o mercantil a mediación u otra forma heterocompositiva del litigio. Si pueden disponer de la voluntad, pueden disponer libremente de su objeto sin necesidad de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, todo ello aunque la disputa verse sobre la validez o existencia de un contrato. Por tanto, si en la resolución de conflictos originados en las relaciones comerciales las partes pueden disponer a su antojo de los derechos derivados de éstas mediante la mediación o la conciliación, no se aplicará el aforismo *iura novit curia*, puesto que el juez no interviene en la resolución del conflicto. Lo anterior por cuanto el principio dispositivo se constituye en una expresión constitucional del poder reconocido a los particulares de disponer de su propia esfera jurídica, según lo

consagrado en el artículo 58 de nuestra Constitución Política que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, entre los que se encuentran los derechos económicos los cuales según la clasificación entre derechos personales o reales pueden ser renunciados (art 15 del C.C.), transados (art. 2469 del C.C.), cedidos (arts. 1959 a 1969 del C.C.) y los bienes sobre los que recae el derecho pueden ser donados (art. 1443 del C.C.), cedidos (art. 1672 del C.C.), comprados (art 1849 del C.C.), entre otras decisiones de la esfera del titular del derecho.

En los litigios, la realidad fáctica no solo comprende los hechos de la naturaleza o las manifestaciones de voluntad de las partes, sino también que puede ser objeto de debate la existencia de una norma jurídica de carácter nacional o internacional o de un uso o costumbre que rijan las transacciones comerciales, lo cual exige del juez iniciar una actividad probatoria para confirmar o rechazar la existencia de la misma a través del conocimiento que adquiera del derecho alegado por las partes. En éste caso el conocimiento del derecho *iura novit curia*, no es producto de la formación intelectual o de la experiencia del Juez, sino del debate probatorio.

En Colombia en materia jurídica comercial, no es obligación del juez conocer la ley o la costumbre extranjera y por ello el aforismo solo se entiende como el deber de aplicar el derecho incorporado al proceso como prueba. En éste caso el momento de conocer el derecho no es el de la presentación de la demanda o resistencia, sino el de la confirmación procesal de las afirmaciones hechas por las partes a través de las inferencias hechas en el juicio.

No existe acuerdo sobre la naturaleza del aforismo, en algunas veces en las sentencias se denomina principio, en otras regla, las mas de las veces expresión, también lo denominan adagio y la doctrina brocardo. Lo anterior influye en la obligatoriedad en la utilización del mismo, puesto que si se identifica y define como principio o regla, se establece la obligatoriedad en su utilización para la resolución del caso concreto, en los demás casos se limitará a servir de criterio auxiliar de interpretación.

En el common law, y especialmente en el sistema norteamericano los abogados formulan sus respectivas calificaciones jurídicas de la controversia y el Juez se limita a elegir entre ellas; en los sistemas del civil law es el Juez quien formula la

calificación jurídica de la causa, en ocasiones aceptando, pero a menudo ignorando las argumentaciones jurídicas de las partes.

El hecho de que el Juez utilice el derecho que crea justo y aplicable *iura novit curia* sin estar atado por los errores en la propuesta o invocación de los litigantes, es un tema pacíficamente admitido en toda la doctrina y jurisprudencia consultada, debido al avance del principio inquisitivo en materia civil, por cuanto hay cada día una tendencia más acusada, aún en países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio del Juez en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias en la resolución del conflicto. Se presenta como el fenómeno de publicización del proceso civil.

La corte Suprema de Justicia se ha debatido entre dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales que limitan o amplían la interposición, trámite y resolución del recurso de casación. En la primera, cercana a la constitución de 1991, la casación se presenta en una dirección radicalmente garantista y esencialmente protectora de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes en el proceso y adquiere una mayor importancia y con ello la misión que cumple la Corte Suprema, pues la procedencia del recurso se vincula expresamente a la afectación de “derechos o garantías fundamentales” para que se haga efectivo y real en el caso concreto, el principio constitucional de “prevalencia del derecho sustancial”,-artículo 228 Constitución Política-, frente a desconocimientos del derecho sustancial aplicable, a violación a las garantías procesales o vicios in iudicando e in procedendo.

En ésta posición se encuentran pronunciamientos que haciendo uso del aforismo *iura novit curia*, privilegian la justicia material a la ritualidad del proceso, permitiendo que en casos de duda sobre la acción ejercitada, el juez, si la premisa fáctica lo soporta, pueda efectuar una calificación jurídica diferente a la que otorga el demandante o demandado. La otra, con el supuesto fin de proteger la seguridad jurídica, remarca el procedimentalismo del recurso de casación y los límites para la aplicación del aforismo, privilegiando la ley a la constitución.

En virtud del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 y el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, el aforismo no solo debe ser observado por los jueces sino también por los funcionarios que ejercen la función administrativa, puesto que el artículo 230 constitucional implica que las autoridades administrativas deben aplicar las

normas legales en acatamiento del precedente judicial de las altas cortes o los fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, como punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos. Ya no solo se afirma que el funcionario judicial conoce el derecho *iura novit curia*, sino que también debe ser conocido por el funcionario que cumple funciones administrativas *jura novit praetor*, el pretor o funcionario conoce el derecho.

La jurisprudencia indicativa realizada por la corte en las sentencias analizadas privilegia la ley a la analogía y es marcadamente conceptualista apoyada en autores extranjeros. Las citas son antitécnicas por que se cita indistintamente la sentencia debidamente identificada o la gaceta jurisprudencial que la contiene y además contiene citas retóricas o adornadas para apoyar la toma de decisiones formales apegadas al procedimiento o técnica de casación.

La globalización en materia comercial permite que emerjan normas que no necesariamente emanan del Estado Nacional, sino que corresponden a prácticas comúnmente aceptadas en el comercio internacional. Estas prácticas tienden a uniformar el derecho y encuentran eco en los jueces que las aplican como derecho, en algunos casos autorizados por norma positiva, en algunos otros como consecuencia de su obligación de administrar justicia y solucionar el conflicto planteado dando aplicación al aforismo *iura novit curia*. La concepción de la naturaleza de estas normas, ya sea como hecho o como derecho, implica que se deban o no probar, al momento de la presentación de la demanda o en cualquier momento procesal e incluso influyen en la necesidad de otorgar recursos sobre la decisión tomada.

Existe por tanto, una barrera infranqueable de normas jurídicas que no han sido producidas en el ámbito de la esfera de conocimiento o información del Juez, debido a que existe a escala global una multiplicidad de órganos, que aunque internamente tienen procedimientos institucionalizados, no logran consenso sobre la validez de las normas para su aplicación en la mayoría de las naciones. La existencia de múltiples órganos que producen normas jurídicas en materia comercial, nos hacen concluir que el Juez conoce el derecho o la norma legal aplicable al caso, solo cuando se ha decidido el caso concreto.

10. RECOMENDACIONES

Revisado el marco teórico, se vislumbra que el aforismo tiene mayor desarrollo en las acciones constitucionales, las cuales por garantizar derechos fundamentales tienen un menor nivel de requisitos o procedimientos cuando se acude ante la jurisdicción en procura de la tutela del derecho violado. Igualmente, se ha desarrollado un marco conceptual más profundo en la jurisdicción contencioso administrativa en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y en los de reparación directa, cuando en ellos se encuentra involucrado un derecho fundamental. Se recomienda ampliar el objeto de investigación a éstas áreas, lo cual puede presentar resultados sorprendentes y valiosos para la realización de la justicia material.

Se hace necesario incorporar en el nuevo Código del Proceso, una norma que al igual que en otras legislaciones, le señale al juzgador el verdadero sentido de la interpretación y aplicación del aforismo que debe hacer el juez, para evitar las contradicciones encontradas en el cambio de jurisprudencia y las múltiples interpretaciones de su naturaleza y denominación.

Es deseable incorporar a los programas de derecho procesal, el estudio del aforismo y los posibles usos por parte de la jurisdicción en el trámite del proceso y en la resolución del caso concreto, en razón a las múltiples posibilidades que brinda para la correcta administración de justicia.

Lo anterior permitirá el fortalecimiento de la línea de investigación de la maestría en derecho procesal “Hacia una nueva hermenéutica como sustento de la decisión jurisdiccional en el debido proceso” con énfasis en el tema *lura Novit Curia*. El objetivo principal será evidenciar la complejidad del concepto de derecho, que debe conocer el Juez y el derecho que debe conocer el funcionario público colombiano que ejerce funciones administrativas.

11. ÉTICA

Para garantizar la ética del trabajo de investigación se respetará lo ordenado por la ley 23 de 1982 que establece en sus artículos 31 y 41 lo siguiente:

Artículo 31º.- *Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra.*

Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de la parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.

Artículo 41º.- *Es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.*

Los investigadores, co-investigadores y estudiantes se comprometen a la producción original de sus textos, al reconocimiento de las fuentes bibliográficas, al manejo transparente de los recursos y al manejo responsable de la información.

12. BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. EL PROCESO JURISDICCIONAL. Librería Jurídica COMLIBROS. Medellín, Colombia. 2007. Pág. 218.

ALEXY, Robert. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid, España. 2008. Pág. 96.

ALEXY, Robert. TRES ESCRITOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2003. Pág. 94.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Primera parte. Reimpresión. RUBINZAL-CULZONI EDITORES. Buenos Aires, Argentina. 2008. Pág. 275.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Segunda parte. RUBINZAL-CULZONI EDITORES. Buenos Aires, Argentina. 2005. Pág. 42.

ALVARADO Velloso, Adolfo "LA PRUEBA JUDICIAL" (REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.006, pág. 13 y 18.

ARMENTA DEU, Teresa. LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tercera edición. Marcial Pons editores. Madrid, España. 2007. Pág. 218.

AZULA CAMACHO, Jaime. MANUAL DE DERECHO PROCESAL. Tomo VI, Pruebas Judiciales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 25.

BÁMACA POJOY, Ery Fernando NECESIDAD DE ESTABLECER REQUISITOS A LA IURA NOVIT CURIA O DETERMINACIÓN ALTERNATIVA COMO MEDIO PARA NO VIOLENTAR EL PRINCIPIO FAVOR REI O IN DUBIO PRO REO.

Universidad De San Carlos De Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. GUATEMALA, Septiembre de 2006.

BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 119.

BERNAL PULIDO, Carlos. EL NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 67.

CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1979.

CALAMANDREI, Piero. FE EN EL DERECHO. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Madrid, España. 2009. Pág. 93.

CASTAÑO BEDOYA, Alejandro. TEORÍA DINÁMICA DEL DERECHO. Librería Jurídica COMLIBROS. Primera Edición. Bogotá. Colombia. 2005. Pág.95.

CASSESE, Sabino. LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2006. Pág. 17.

CEPEDA, Manuel. (2007). POLÉMICAS CONSTITUCIONALES. Bogotá, Colombia. Legis. Pág. 122.

CHINCHILLA H, Tulio Helí. ¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? (Segunda ed.) .Editorial TEMIS S.A. Bogotá, D.C., Colombia. 2009.

CLARIA OLMEDO, Jorge "DERECHO PROCESAL CIVIL", Tomo II, Ediciones DEPALMA, Buenos. Aires. Argentina. 1982, pag.163.

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. DERECHO PROCESAL CIVIL. PARTE GENERAL. Editorial Colex, Quinta Edición, Madrid, España. 203. Pág. 240.

COUTURE, Eduardo J. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Tomo I. La constitución y el proceso civil. Tercera edición. Ediciones DEPALMA. Buenos Aires, Argentina. 1979. Pág.313 y 315.

DALLAS VIA, Alberto Ricardo y otros. LOS JUECES ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos I.L.S.A. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 64.

DAMASKA, Mirjan R. LAS CARAS DE LA JUSTICIA Y EL PODER DEL ESTADO. Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Santiago, Chile. 2000. Pág. 199,200 y 201.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. SOBRE LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CIVIL, en AA.VV., Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en honor del profesor A. Martínez Bernal, Universidad de Murcia, Murcia, España. 1980.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. SOCIOLOGÍA JURÍDICA CRÍTICA. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, Colombia.2009. Pág. 488.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Tomo II. Pruebas Judiciales. Sexta Edición. Editorial ABC. Bogotá, Colombia. 1979. Pág. 56.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Tomo III. El proceso Civil. Cuarta Edición. Editorial ABC. Bogotá, Colombia. 1978. Pág.2.

DU PLESSIS, Laurent Arthur. LA TERCERA GUERRA MUNDIAL HA COMENZADO, INÉDITA EDITORES. Barcelona, España. 2005. Pág. 44.

DWORKIN, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Primera Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1984. Pág. 72 y 212.

ENDERLE, Guillermo Jorge. LA CONGRUENCIA PROCESAL. 1ª Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2007.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Editorial LEX NOVA. Valladolid, España. 2000.

FERRER BELTRÁN, Jordi. LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2007. Pág. 39.

FRANK, Jerome. DERECHO E INCERTIDUMBRE, Ediciones Coyoacán, Coyoacán. México. 2001. Pág. 137.

FRIEDMAN, Thomas. LA TIERRA ES PLANA, Editorial Planeta Colombiana S.A., Bogotá, Colombia. 2010. 5ª ed., págs. 23 y 80.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa S.A. Buenos Aires, Argentina. 1978. Pág. 51.

GÓMEZ Duque, Arturo. DERECHO COMERCIAL. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, Colombia. 1988. Pág. 74.

GOZAÍNI, Osvaldo "LA PRUEBA EXTRAPROCESAL (Sobre la importancia de la preconstitución probatoria para la resolución anticipada del conflicto)" Editorial LA LEY. Buenos Aires. 1995

HAZARD Jr, Geoffrey C. y TARUFFO, Michele. AMERICAN CIVIL PROCEDURE. NEW HAVEN, CT: YALE UNIVERSITY PRESS. E. E U.U.:1993. Pág. 141.

HART, Herbert L.A. EL CONCEPTO DE DERECHO. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998. Págs. 33, 57, 125 y 145.

HILL, C. NEGOCIOS INTERNACIONALES: COMPETENCIA EN EL MERCADO GLOBAL. McGraw Hill. Ciudad de México. México. 2007.

KELLER, A. Teoría General del Conocimiento. Editorial Herder. Barcelona: España.1988.

LANGEVIN, Julián Horacio. NUEVAS FORMULACIONES DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN, DEFENSA Y SENTENCIA. Fabian J. Di Plácido Editor. Buenos Aires, Argentina. 2008.

LOZANO, Luis F. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. Primera Reimpresión. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 2007. Pág.189.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. INSTITUCIONES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Tomo I. Parte General. Séptima edición. DUPRE Editores. Bogotá, Colombia. 1997. Pág. 583.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. Primera Edición. Editorial LEGIS. Bogotá, Colombia. 2000. Pág. 192.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. Controversias constitucionales. Universidad del Rosario Bogotá, Colombia. Pág. 263.

MUÑOZ Restrepo Alba Luz: BUSTAMANTE Rúa, Mónica María. Avance de investigación sobre la APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TEORÍA DE LA PROBABILIDAD EN EL SISTEMA DE VALORACIÓN PROBATORIO – REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. Universidad de Medellín.

NÚÑEZ, Antonio José. MANIFIESTO POR UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL RESPONSABLE. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. 2005. Pág. 27.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España. 2007. Págs. 21, 22, 30, 34, 39.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. FACULTADES IURA NOVIT CURIA Y REPARACIÓN INTEGRAL. REVISTA Memorias de las V jornadas de derecho constitucional y administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.2005.

PENAGOS, Gustavo. EL DAÑO ANTIJURÍDICO, Aplicación del principio IURA NOVIT CURIA. Librería Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia. 1997.

PEÑA Nossa, Lisandro. CONTRATOS MERCANTILES NACIONALES E INTERNACIONALES. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2010. Pág. 20, 205.

PICÓ I JUNOY, Joan. EL JUEZ Y LA PRUEBA: UNA HISTORIA MAL CONTADA. En LA PRUEBA Y LA DECISIÓN JUDICIAL. Editorial Universidad de Medellín. Medellín, 2010. Pág. 32.

PICÓ I JUNOY, Joan. LA MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL: Reflexiones sobre la prohibición de "mutatio libelli". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2006. Pág. 68.

PRIETO SANCHIS, Luis. "NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL" En Neoconstitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell, Trotta. Madrid, 2005.

QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. Cuarta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 89, 176, 330, 342.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2000. Pág. 45.

QUINTERO MORENO, Rafael. "EN TORNO AL PRINCIPIO DEL IURA NOVIT CURIA". En: DIKAIOSYNE N° 17. Revista Semestral de Filosofía Práctica. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. 2006.

QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Aspectos Teórico-prácticos. Primera Edición. Editorial Universidad I.C.E.S.I, Cali, Colombia. 2008. Pág. 27, 30, 90.

QUIROGA León, Anibal. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL. Editorial Moreno S.A. Lima, Perú. 2008

RAMÍREZ, Diana. "LA PRUEBA DE OFICIO", Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 153, 157, 254, 274.

RAMÍREZ, Diana. "A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA MATERIAL", en OPINIÓN JURÍDICA V6 No 12, Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2007. Pág. 174,175, 183.

RAMÍREZ, Diana. "IMPLICACIONES EPISTEMOLÓGICAS DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL", en CONTROVERSIA PROCESAL. Jurídica Sánchez, Medellín, Colombia.2006. Pág. 109.

RAMÍREZ, Diana. "HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PARA COLOMBIA", en NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LEGAL. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2005. Pág. 90, 91.

Real Academia Española. DICCIONARIO ESENCIAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Espasa. Madrid. España. 2006.

RODRIGUEZ A, Gustavo Andrés. GLOBALIZACIÓN DERECHO Y DESARROLLO (Primera ed., Vol. 2). Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2008. Pág. 59.

ROJAS, Juan Gabriel. CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2008. Pág. 15.

RUEDA FONSECA, María del Socorro. FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL COLOMBIANO. Primera Edición. Universidad de los Andes, SEÑAL EDITORA. Medellín, Colombia. 2008. Pág. 151.

SENTÍS MELENDO, Santiago. EL JUEZ Y EL DERECHO, "IURA NOVIT CURIA". 1ª ed. Ediciones Jurídicas Europa América EJEA. Buenos Aires, Argentina. 1957, pág. 11.

SIERRA OSPINA, Graicy. ANÁLISIS DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN PROBATORIA EN DESARROLLO DEL SISTEMA CON TENDENCIA ACUSATORIA EN LA CIUDAD DE ARMENIA DURANTE EL 2005-2006. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. 2006.

SUÁREZ M, José Olimpo. SYLLABUS SOBRE FILOSOFÍA POLÍTICA (Primera ed., Vol. 3). Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. 2003.

TARUFFO, Michele. LA PRUEBA DE LOS HECHOS. Editorial TROTTA. Madrid, 2005. Pág. 92 y ss.

TARUFFO, Michele. IL PROCESO CIVILE ADVERSARY NELL' ESPERIENZA AMERICANA. Padova, Italia. CEDAM. 1979. Pág. 162.

TARUFFO, Michele. SOBRE LAS FRONTERAS. Escritos sobre la Justicia Civil. Editorial TEMIS S.A. Bogotá, Colombia. 2006. Pág. 31.

TARUFFO, Michele. LA JUSTICIA CIVIL: ¿OPCIÓN RESIDUAL O ALTERNATIVA POSIBLE? En CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid, España. 1996. Pág. 148

TEUBNER, Gunther y Otros, ESTADO SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN, Siglo Del Hombre Editores. Bogotá, Colombia. 2010. Pág. 37, 81.

VÁSQUEZ POSADA, Socorro. EL GARANTISMO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Revista GARANTISMO Y CRISIS DE LA JUSTICIA. Editorial Universidad de Medellín. Medellín. Colombia 2010

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. ESTRUCTURA Y REDACCIÓN DE LA SENTENCIA JUDICIAL. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, Colombia. 2004

ZAMBRANO R, C. V. (2005). DERECHOS HUMANOS DE LAS CULTURAS (Primera ed., Vol. 16). Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.

GACETA JURISPRUDENCIAL 167. Editorial LEYER. Bogotá, Colombia. 2007. Pág. 87.

CHINCHILLA, Tulio Elí. Notas de clase. Universidad de Medellín. Agosto de 2009.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634/11.Expediente D-8413.Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539/11.Referencia: expediente D-8351. Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-309 de 2009. Referencia: expediente D-7454.Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 340, inciso 2 (parcial), y 345 de la Ley 599 de 2000 (parcial), “Por la cual se expide el Código Penal”, respectivamente modificados por los artículos 19 y 16 de la Ley 1121 de 2006. Demandante: Néstor Iván Osuna Patiño. Magistrado Ponente: Dr.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil nueve (2009).

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-335/08. Referencia: expedientes D-6943 y D-6946. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000. Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván Estrada Vélez y otros. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-820/06. Referencia: expediente D-6224. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del Código Civil. Demandante: Guillermo Otálora Lozano. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil seis (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-362/96 agosto 14. Magistrado Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Tema: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 140 del Decreto - Ley 2150 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de junio 5 de 1992. M.P. CIRO ANGARITA BARÓN.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente 4655. Consejero ponente: ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2009, Exp. 15662, M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia de diciembre 4 de 2006. Expediente, 50422233100094219201 (16.092)

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Bogotá, D. C., uno (1) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 76001-23-31-000-1993-08858-01(16287).

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". Consejero Ponente: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación N° 25000232500020000776903 (2066-06).

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031)

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C. veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006). Radicado número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04).

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, Bogotá, 17 de julio de 2003, expediente Nro. 994-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ

ARANGUREN. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de Noviembre de dos mil diez (2010). EXPEDIENTE N° 25000232500020040175401 (0814 - 2009).

CONSEJO DE ESTADO Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá, D.C. diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Radicación número: AP-166.

CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Bogotá, D.C., ocho (8) de Marzo de dos mil dos (2.002). Radicación número: 76001-23-31-000-2001-3904-01(ACU-1235)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).- Referencia: Expediente 54001-3103-002-2004-00270-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE .Bogotá, D. C., seis (6) de agosto de dos mil diez (2010). Referencia.: Expediente 05001-3103-017-2002-00189-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil nueve (2009).Treinta y uno (31) de agosto de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente 17001-3103-005-2003-00318-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Bogotá, D. C., seis de agosto de dos mil nueve (2009). Referencia.: Expediente. No. 08001-3103-003-2001-00198-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. WILLIAM NAMÉN VARGAS. Bogotá, D. C., seis (06) de julio de dos mil

nueve (2009).Trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. 52001-3103-004-2000-00341-01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrada Ponente. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Bogotá, D. C., Tres (3) febrero de dos mil nueve (2009). Referencia: Expediente. N° 11001310302003-00282-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil siete (2007). Referencia: Expediente. 41001 3103 005 2002 0008101.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil seis (2006). Referencia: expediente 1995-29402-02.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente número 7725.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ.Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente. 1995-9457-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. Bogotá D. Capital., veinticuatro (24) de mayo de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente C. No.1798.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002).Ref. Expediente No. 6426

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil dos (2002). Referencia: Expediente No. 643

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No.5906

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Bogotá, D. C., veinte (20) de junio de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5937.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ. Bogotá D. C., treinta (30) de octubre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5830.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No.5602

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Magistrado Ponente: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de Febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). Referencia: Expediente 5099.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral. Magistrado Ponente: CARLOS ISAAC NADER. ACTA No. 03. RADICACIÓN No. 12572. Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil (2000).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral. Magistrado Ponente EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. Referencia: Expediente No. 36749.Acta No. 02. Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil diez (2010).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Magistrado Ponente: GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY. Sentencia del 6 de diciembre de 1972.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal. Proceso No 19719. Magistrado Ponente: DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO. Bogotá D.C., once de marzo de dos mil tres.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Laboral. Proceso No.34418 Magistrada ponente: ISAURA VARGAS DÍAZ. Bogotá, D.C., cinco (05) de mayo de dos mil nueve (2009).

CIBERGRAFÍA

LEX BASE: <http://www.lexbase.com/2008Lexbase.asp>

RAMA JUDICIAL COLOMBIA: <http://www.ramajudicial.gov.co>

CORTE CONSTITUCIONAL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/query.idq>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: <http://www.cortesuprema.gov.co/>.

<http://190.24.134.67/pce/consultaavanzada2.asp?muno=Descriptor&mdos=iura%20novit%20curia>

CONSEJO DE ESTADO: <http://www.consejodeestado.gov.co/>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
<http://www.corteidh.or.cr/>

IURA NOVIT CURIA. http://es.wikipedia.org/wiki/Iura_novit_curia. Consulta en Línea [Diciembre, 2010]

AGUIRRE MONTENEGRO, Jorge. EL PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO 2008 Enero 24 . En: <http://lawiuris.wordpress.com/2008/01/24/iura-novit-curia/>. Consultado el 20 de diciembre de 2010.

CALVINHO, Gustavo. LOS NECESARIOS LÍMITES A LA REGLA IURA NOVIT CURIA COMO GARANTÍA PARA LAS PARTES. Disponible en: <http://www.petruzzosc.com.ar/articulos/lura%20novit%20curia.pdf>

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9W0-ZMh6oaoJ:www.iprocesalcolombovenezolano.org/legislacion/CODIGO_MODELO_IBERO.doc+c%C3%B3digo+procesal+civil+modelo+para+iberoam%C3%A9rica&hl=es&gl=co

FIX-ZAMUDIO, Héctor, OVALLE FAVELA, José. DERECHO PROCESAL. Pág. 1209. Consultado en Diciembre 20 de 2010: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/325/2.pdf>.

MEROI, Andrea A. IURA NOVIT CURIA Y DECISIÓN IMPARCIAL. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.2 [citado 2011-04-22], pp. 379-390. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200015&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122007000200015.

ORDIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique. EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN MEXICO: HACIA UN INSTITUTO FEDERAL DE ESPECIALISTAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO. En: [www. Jurídicas. unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Consultado en diciembre 20 de 2010.

PEYRANO, Jorge Walter. IURA NOVIT CURIA PROCESAL: LA RECONDUCCION DE POSTULACIONES. Disponible en:

<http://www.google.com.co/#q=LA+RECONDUCCION+DE+POSTULACIONES+jorge+walter+peyrano&bih=683&biw=1114&fp=bc19f3c1c8b3a1c8&hl=es>.

http://www.eleccionvisible.com/doc/ternas/CSJ/T1_JTJ/T1_JTJ_AMB.JUR_13.pdf

REVISTA URUTÁGUA - Revista académica multidisciplinaria Departamento de Ciencias Sociales Universidad Estadual de Maringá (UEM) Av. Colombo, 5790 - Campus Universitario 87020-900 - Maringá/ PR - Brasil - Correo electrónico: rev-urutagua@uem. Publicado el 04/20/2007 - Última actualización: 23 de abril de 2007. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira Que é lura novit curia? <http://www.urutagua.uem.br/012/12siqueira.htm>

REVISTA COLOMBIA INTERNACIONAL N° 39. Título: APEC COMO INSTRUMENTO DE LA PROYECCIÓN COLOMBIANA EN EL PACÍFICO. Autor: Pío García Parra Tema: Edición Especial. Octubre - Diciembre de 1997 en: Páginas 4-8 <http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/257/1.php>

REVOLUCIÓN FRANCESA (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Consultado en 03/08/2009 en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/declaracion_fr_1789.html.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. Expediente: 98-008001-007-CO-M Res: 08614-98 Acción de inconstitucionalidad promovida por Efrén Arauz Centeno. 1998.

<http://www.google.com.co/#sclient=psy-ab&hl=es&site=&source=hp&q=REP%C3%9ABLICA+BOLIVARIANA+DE+VENEZUELA.+JUZGADO+TERCERO+DE+PRIMERA+INSTANCIA+EN+LO+CIVIL%2C+MERCANTIL+Y+DEL+TR%C3%81NSITO+DE+LA+CIRCUNSCRIPCI%C3%93N+JUDICIAL+DEL+ESTADO+T%C3%81CHIRA.+San+Crist%C3%B3bal%2C+28+de+Enero+de+dos+mil+Ocho.+Expediente:+16.980-2007&pbx=1&oq=REP%C3%9ABLICA+BOLIVARIANA+DE+VENEZUELA.+JUZG>

http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20111028>

<http://www.igf.min->

[financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_180_96.htm](http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/DL_180_96.htm).

CÓDIGOS EN COLOMBIA <http://www.senado.gov.co/>

Constitución Política de Colombia

Código de Comercio

Código de Procedimiento Civil

Código Civil

Código Contencioso Administrativo.

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Código de Procedimiento Penal.

13. ANEXOS

PLAN DE ANÁLISIS

<p>MEGAPROYECTO Título: LA REGULACIÓN ECONÓMICA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE A LAS EXIGENCIAS GLOBALIZANTES EN MATERIA DE NEGOCIOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Objetivo General: Analizar el régimen de regulación económica Constitucional Colombiana frente a las exigencias globalizantes en materia de negocios comerciales internacionales.</p>			
<p>PROYECTO Título: IURA NOVIT CURIA Subtítulo: APLICACIÓN DE ESTE AFORISMO EN MATERIA JURÍDICA COMERCIAL EN COLOMBIA Objetivo general: Analizar la aplicación judicial del INC por parte de la Corte Suprema de Justicia en materia comercial en Colombia desde el año 2000 hasta el año 2010.</p>			
Objetivos/hipótesis	Definición del verbo	Características o variables a medir	INSTRUMENTOS
<p>Objetivo 1</p> <p>Analizar la evolución de la aplicación del <i>Iura Novit Curia</i> en materia comercial por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en los últimos diez años.</p>	<p>ANALIZAR</p> <p>Distinción y separación de las partes de un todo, hasta llegar a conocer sus principios o elementos.²⁴⁹</p>	<p>Corte</p> <p>Magistrado ponente</p> <p>Identificación de la sentencia</p> <p>Fecha de la sentencia</p> <p>Demandante</p> <p>Demandado</p> <p>Tipo de acción</p> <p>Hechos</p> <p>Cargos invocados por el casacionista.</p> <p>Analizar si hubo modificación de la jurisprudencia sobre el uso del aforismo en la sentencia.</p> <p>Decisión.</p> <p>Comentario.</p>	<p>Formato análisis sentencias.</p> <p>Ficha bibliográfica.</p> <p>Ficha textual.</p> <p>Ficha comentada.</p> <p>Ficha resumen</p>

²⁴⁹ Real Academia Española. (2006). *Diccionario Esencial de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

<p>Objetivo 2.</p> <p>Conocer las razones de la Corte para citar el aforismo <i>lura Novit curia</i> en los fallos expedidos en materia comercial en el período analizado.</p>	<p>CONOCER Llegar a tener en la mente la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas</p>	<p>Corte Magistrado ponente Identificación de la sentencia Fecha de la sentencia Demandante Demandado Hechos Cargos invocados por el casacionista. Ratio decidendi. Decisión. Comentario</p>	<p>Formato análisis sentencias. Ficha bibliográfica. Ficha textual. Ficha comentada. Ficha resumen</p>
--	--	--	--

<p>Objetivo 3.</p> <p>Establecer en el período analizado en qué procesos el aforismo fue utilizado por el casacionista y en cuales por la corte.</p>	<p>ESTABLECER Dejar demostrado y firme un principio, una teoría, una idea, una frecuencia, un evento.</p>	<p>Corte Magistrado ponente País Identificación de la sentencia Fecha de la sentencia Demandante Demandado Hechos Cargos invocados por el casacionista.</p> <p>Establecer si la cita fue realizada por la corte.</p> <p>Establecer si la cita fue realizada por el demandante</p> <p>Decisión. Comentario.</p>	<p>Formato análisis sentencias. Ficha bibliográfica. Ficha textual. Ficha comentada. Ficha resumen</p>
<p>Hipótesis La forma de aplicar el INC por parte de la Corte Suprema de Justicia en materia comercial. genera riesgos para los empresarios colombianos en la posible resolución de conflictos jurídicos y económicos</p>	<p>EVALUAR Estimar, apreciar, calcular el valor de la decisión.</p> <p>DETERMINAR Fijar términos/ Imponer límites / Diferenciar, discernir.</p>	<p>Evaluar si la aplicación del iura novit curia por la corte fue motivo de cambio de la decisión del tribunal.</p> <p>Determinar en cuantas sentencias el aforismo fue utilizado como un obiter dicta.</p>	

GLOSARIO

JURA NOVIT CURIA: Af. Lat. Del derecho conoce el juez. Si conocimiento se entiende aquí como decisión, el principio es indudable; si se equipara a ciencia jurídica, tampoco cabe desconocerlo; pero si se quiere imponer una exclusiva, con relegación o silencio de las partes en cuanto a los fundamentos jurídicos, ni coincide con la práctica forense, ya que todos los alegatos citan e interpretan las normas jurídicas aplicables, con parcialísimas interpretaciones por supuesto, ni con el mismo legislador procesal de hoy; pues establece que en la demanda, y en la contestación de la misma, cortada por igual patrón, se indicarán los fundamentos de derecho. (v. “da mihi factum, dabo tibi Jus”)²⁵⁰

PRINCIPIO: Máxima, norma guía.²⁵¹

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales las máximas o axiomas jurídicos recopilados de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el juez (Hoffman); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Muger)...²⁵²

AFORISMO: Sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en alguna ciencia o arte.²⁵³ Regla, principio, axioma, máxima instructiva, generalmente verdadera. Con ello se expresa la idea, como la etimología de la palabra aforismo indica de “limitar” los justos términos en una verdad, sentencia o proposición cualquiera²⁵⁴.

REGULAR: Ajustar, reglar o poner en orden una cosa.²⁵⁵

APLICAR: Emplear, usar/ Destinar/ Poner en práctica una ley, reglamento o instrucción/Ejecutar una ley; declarar que corresponde en un caso dado.²⁵⁶

²⁵⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. 12ª ed. Buenos Aires: editorial Heliasta S.R.L., 1979.

²⁵¹ Ibidem

²⁵² Ibidem

²⁵³ Real Academia Española. (2006). *Diccionario Esencial de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

²⁵⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. 12ª ed. Buenos Aires: editorial Heliasta S.R.L., 1979.

²⁵⁵ Real Academia Española. (2006). *Diccionario Esencial de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

²⁵⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. 12ª ed. Buenos Aires: editorial Heliasta S.R.L., 1979.

APLICACIÓN DE LAS LEYES: Efectiva vigencia de las mismas por espontáneo cumplimiento o por imposición de las autoridades administrativas o judiciales.

JUDICIAL: Perteneciente al juicio

EXIGENCIA: Demanda o petición imperiosa. / Requisito.

ANALIZAR: Distinción y separación de las partes de un todo, hasta llegar a conocer sus principios o elementos.²⁵⁷

DETERMINAR: Fijar términos/ Imponer límites / Diferenciar, discernir.

ALCANCE: Trascendencia o importancia.

COMPARAR: Analizar con atención una cosa o a una persona para establecer sus semejanzas o diferencias con otra.

CONOCER: Llegar a tener en la mente la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas.

ESTABLECER: dejar demostrado y firme un principio, una teoría, una idea, una frecuencia, un evento.

²⁵⁷ Real Academia Española. (2006). *Diccionario Esencial de la Lengua Española*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.

Tipos de fichas:

FICHA BIBLIOGRÁFICA Nº 1
TÍTULO: " <i>Iura Novit Curia</i> "
SUBTÍTULO: y aplicación judicial del derecho.
AUTOR (ES): EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier.
EDITORIAL: Lex Nova. Valladolid.
PÁGINAS: 261
AÑO: 2000
VERSIÓN (EDICIÓN): 1ª ed
ISBN:84-8406-101-9
ISSN:
OBSERVACIONES:

FICHA TEXTUAL

Nº

En Colombia al momento de la promulgación de la Constitución Política de 1991, nuestros constituyentes estaban adscritos a un sistema moral positivizado, entendido éste como un *“cuerpo o conjunto normativo que dicen de antemano a los individuos que hacer en cada circunstancia, con base en tradiciones, costumbres, creencias religiosas, mitos etc.”*²⁵⁸

TÍTULO: INTRODUCCIÓN AL DERECHO

SUBTÍTULO: Aspectos Teórico Prácticos

AUTOR (ES): QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia

EDITORIAL: Universidad ICESI

PÁGINAS: 141

AÑO:2008

VERSIÓN (EDICIÓN): Primera

ISBN: 978-958-8357-05-8

ISSN:

OBSERVACIONES: Tema: Fuentes del derecho.

²⁵⁸ QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Aspectos Teórico-prácticos. Primera Edición. Editorial Universidad ICESI. Cali, Colombia. 2008. Pág. 90.

FICHA PAGINA WEB N°.			
DIRECCIÓN	DE	LA	PÁGINA:
http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/declaracion_fr_1789.html			
TÍTULO DE LA OBRA, ARTÍCULO, REVISTA : <u>Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano</u>			
AUTOR (ES):			
EDITORIAL, COLECCIÓN, BIBLIOTECA, BASE DE DATOS: REVOLUCIÓN FRANCESA (1789)			
LUGAR Y AÑO DE PUBLICACIÓN: Consultado en 03/08/2009			
VERSIÓN (EDICIÓN):			
RESUMEN: Los derechos humanos incorporan una serie de normas al derecho interno que tienen una entidad superior a la ley interna por mandato de la constitución y deben ser no solo conocidos por el juez, sino que deben ser respetados y aplicados en la resolución de los conflictos planteados.			
ANOTACIONES: Soporta el tema del llamado "derecho universal".			

FORMATO ANÁLISIS SENTENCIAS EN TEMAS COMERCIALES

Número 1

IURA NOVIT CURIA

Corte	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL
Magistrado ponente	ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Identificación de la sentencia	Expediente No. 54001-3103-002-2004-00270-01
Fecha de la sentencia	Dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010).-
Demandante	JESÚS MARÍA DURÁN RINCÓN
Demandado	EMPRESA DE TRANSPORTES GUASIMALES S.A., TRANSGUASIMALES S.A., y de los señores CARLOS EDUARDO TORRES CRIADO y WILLIAM ALBERTO VILLAMIZAR ORTEGA.
Tipo de acción	Proceso Ordinario Responsabilidad Civil
Hechos	<p>1. El citado demandante, en el libelo introductorio del presente proceso, solicitó que se declarara a los accionados “responsables civilmente” por los perjuicios patrimoniales y morales que padeció, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 22 de mayo del 2000, luego de lo cual concretó la cuantía de ciertos rubros, de la siguiente manera: por daño emergente, la cantidad de \$991.180; por lucro cesante, el monto de \$9.176.850; y por daños morales “subjetivados”, la suma de \$25.000.000, valores cuyo reconocimiento solicitó junto con los intereses legales causados y que se causen desde la mencionada fecha y hasta cuando se verifique su pago efectivo.</p> <p>2. Para sustentar las anteriores súplicas, se adujeron los hechos que pasan a compendiarse:</p> <p>2.1 El día 22 de mayo de 2000, aproximadamente a las 7:25 a.m., cuando el actor se movilizaba como pasajero en el microbús de placas URH-221, afiliado a la empresa demandada, de propiedad del señor Villamizar Ortega y conducido por el accionado señor Torres Criado, éste, al querer sobrepasar a otro vehículo de servicio público, “se subió a un andén y fue a parar contra un árbol, produciéndose el aparatoso accidente dentro de la zona urbana de esta ciudad”.</p> <p>2.2. Como consecuencia del impacto, el demandante sufrió “[f]ractura del tercio medio del fémur derecho, trauma en la cadera, lesiones en el pecho orbitario derecho, atrapamiento del recto superior, pérdida del miembro superior derecho, artrosis de codo y rodilla derecha”, daños corporales cuya recuperación requirió un término de 550 días, y le fue determinada una “‘INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE’ por destrucción completa de los órganos de la aprehensión y locomoción”,</p>

	<p>diagnosticada por peritos forenses del Instituto de Medicina Legal y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.</p> <p>2.3. El accionante para la época de los hechos tenía 54 años de edad, estaba vinculado laboralmente con la empresa “Servicios Generales Horizonte”, se desempeñaba como vigilante de la “Clínica San José” y devengaba un sueldo mensual de \$446.000, más horas extras nocturnas cada quince días.</p> <p>2.4. Las lesiones físicas que el señor Durán Rincón padeció, le ocasionaron, además, serios “traumatismo[s] psicológicos”, por no poder ahora “valerse por sí mismo para caminar, alimentarse, bañarse, vestirse, en forma normal”, a lo que se suma el “sufrimiento” que ha tenido que experimentar al ver menguada “su integridad personal en sus miembros inferiores” y “al no caminar en la forma que lo hacía antes de ocurridos los hechos”, amén del “[d]año fisiológico”, representado en la desfiguración de su cuerpo, en “tener que disponer de terceras personas para medio valerse”, en no gozar ya de “una movilidad del 100%”, en sentirse “inútil, que no sirve ni siquiera a su familia” y en saber “que nunca en su vida se va a recuperar”, pues las secuelas que le quedaron son de “carácter permanente”.</p> <p>2.5. Del accidente “ha surgido a la vida jurídica la responsabilidad extracontractual” de las personas demandadas, quienes, por ende, están llamadas a asumir “la indemnización de los perjuicios materiales, (...) morales, biológicos [y] psicológicos” causados al actor.</p> <p>No aparecen las normas invocadas por el demandante.</p>
<p>Cargos invocados por el casacionista.</p>	<p>OPOSICIÓN EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA</p> <p>La profesional designada de oficio para representar al conductor contestó la demanda, se opuso a sus pretensiones, aceptó como ciertos unos hechos, negó otros y propuso la excepción meritoria que denominó “NO RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL”, fincada en que su asistido debe ser exonerado de los cargos que se le imputan, habida cuenta que, para el momento de los hechos, tenía “consigo (...) la póliza de Seguros Bolívar vigente, que lo exime de la responsabilidad ocasionada a terceros por culpa y con ocasión del servicio” (fls. 106 y 107, cd. 1).</p> <p>La empresa y el propietario conjuntamente plantearon la excepción de “PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”, por cuanto “[e]l día 22 de mayo de 2000, comenzó a correr el término de prescripción, [e]l cual se cumplió el día 22 de mayo de 2003, produciéndose la caducidad de la acción, de acuerdo al artículo 2358 del Código Civil” (escritos visibles a folios 115 a 118 y 124 a 126, cd. 1). Por aparte, formularon la excepción previa de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”, desestimada en auto</p>

del 6 de febrero de 2006 (fls. 7 y 8, cd. 2). LA

DEMANDA DE CASACIÓN
CARGO ÚNICO

1. Con respaldo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la parte demandante denunció la “violación directa”, por aplicación indebida, “del art. 1, inciso 2º, [del] Decreto 1º de 1990 y [del] artículo 981 del Código de Comercio”, infracción que “conllevó a la no aplicación de los artículos 1568, 1569, 1571, 1602, 1603, (...), 1604, 1605, 1606, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1648, 1738, 2512, 2513, 2341, 2345, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, (...), 2354, 2355, 2356, 2358 y 2536 del Código Civil y 177 [del] C.P.C.”.

2. La recurrente reprochó al ad quem la aplicación que hizo de los artículos 981 y 993 del Código de Comercio, “por cuanto dedujo que la acción instaurada era la de responsabilidad derivada de un contrato de transporte, cuando en realidad lo que se instauró fue la acción de: (...) RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL” con ocasión de la ocurrencia de un accidente de tránsito.

3. Con apoyo en los hechos de la demanda, particularmente el segundo y el noveno, y en la contestación que a ellos dio la parte demandada, la impugnante aseveró que su indebida ponderación condujo al Tribunal a aplicar incorrectamente las precitadas normas comerciales, en el entendido de que se había “accionado la responsabilidad de un contrato de transporte, cuando en realidad, vuelve y se repite, la acción instaurada era la de RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO”.

4. Insistió la recurrente en que el juzgador de segunda instancia erró al apreciar la demanda, puesto que de ella dedujo que “lo que se pretendía eran los perjuicios de un contrato de transporte”, inferencia que, en concepto de aquella, no se ajusta a los hechos que le sirven de sustento a las pretensiones incorporadas en dicho escrito, ni a la naturaleza de la acción intentada, ni a las pruebas recaudadas, que dan cuenta de la ocurrencia del accidente de tránsito en el que el actor resultó lesionado por el proceder culposo del demandado señor Torres Criado.

5. Con tal fundamento sostuvo que las normas legales aplicadas al caso por el Tribunal no estaban llamadas a gobernarlo, pues las que debieron hacerse actuar son las disciplinantes de la responsabilidad civil extracontractual, de donde el término para el oportuno ejercicio de la acción era el previsto en el artículo 2536 del Código Civil, que, en su redacción anterior a la Ley 791 de 2002, consagraba que “[l]a acción

	<p>ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte”.</p> <p>6. Así las cosas, la recurrente estimó que si “el accidente ocurrió el 22 de mayo del 2000 y la acción fue presentada el 14 de diciembre de 2004”, forzoso era concluir que su gestionamiento se dio “dentro del término legal de los 20 años”.</p>
<p>Ratio decidendi.</p>	<p>5. Comprendido el cargo en el sentido aludido, esto es, que la queja del recurrente atañe al quebranto indirecto de la ley sustancial, toda vez que el yerro endilgado al ad quem versó exclusivamente sobre la desfiguración objetiva de la demanda en cuanto hace a la verdadera naturaleza de la responsabilidad imputada a los demandados -si contractual o extracontractual-, sería del caso colegir, en principio, el acierto del ataque, por las razones que pasan a elucidarse.</p> <p>5.1. En todo proceso es innegable la importancia de la demanda que le da inicio, como quiera que, de un lado, la parte actora fija en ella uno de los extremos del debate litigioso que somete a la composición de los jueces y, del otro, porque de dicho escrito depende el efectivo ejercicio del derecho a la defensa que, con ocasión de la promoción de la controversia judicial, surge para quien o quienes integran el extremo demandado, pues, como es obvio entenderlo, el o los accionados, en esencia, sólo están llamados a resistir las pretensiones que en su contra se hayan formulado y a responder por los hechos que sirven de sustento a tales reclamaciones.</p> <p>Esa valía explica la multiplicidad de exigencias que, no sólo en cuanto a su forma, sino también respecto de su contenido, considerado desde una perspectiva sustancial, consagran las normas del Código de Procedimiento Civil en relación con la demanda -principalmente en los artículos 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82 y 83-; que el artículo 304 de ese mismo ordenamiento imponga al juez el deber de que, en el fallo de instancia, decida en forma “expresa y clara sobre cada una de las pretensiones” del escrito introductorio; y que el artículo 305 ibídem establezca que “[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda”.</p> <p>5.2. Ahora bien, como no en todos los casos es posible para el operador judicial detectar el verdadero sentido y alcance de la demanda, bien sea por deficiencias que ella presenta, por ser oscura o imprecisa o, simplemente, por la complejidad jurídica y/o factual de las materias y hechos de que se ocupa, entre otras muchas hipótesis, es patente que en situaciones como las que se han referido se impone al juez interpretarla, labor hermenéutica que, por una parte, no puede conducir a desfigurar o a alterar, menos en perjuicio del actor o del derecho de defensa de la parte demandada, su contenido objetivo y que, por otra, ha de estar siempre</p>

	<p>encaminada a hacer efectiva “la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos” (Cas. Civ., sentencia del 27 de agosto de 2008, expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01).</p> <p>5.3. En sede de casación, precisamente, la incorrecta ponderación de la demanda puede denunciarse cuando el sentenciador, con base en ella, modifica la naturaleza de la acción ejercitada y, como consecuencia de tal error, aplica al caso disposiciones legales que en realidad le son extrañas, defecto que debe denunciarse a la luz del quebranto indirecto contemplado, según ya se memoró, en el primero de los motivos habilitantes de esta forma de impugnación extraordinaria, tal y como lo reiteró la Sala recientemente al señalar que <u>“el yerro en el que incurre el sentenciador cuando no atina a comprender cuál es la acción, si contractual o extracontractual, que promueve el demandante con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de unos perjuicios que afirma le fueron ocasionados por la conducta omisiva e irregular de la parte accionada, es de facto y no jurídico”</u> (Cas. Civ., sentencia del 3 de febrero de 2009, expediente No. 11001310302003-00282-01).</p> <p>5.4. En punto del diverso carácter que tiene la responsabilidad civil, por una parte, contractual y, por otra, extracontractual, y de los criterios que han de observarse en orden a decidir los conflictos en que dicha diferencia sea relevante, la Sala, en esta oportunidad, refrenda su doctrina incorporada en reciente pronunciamiento, en el que se expresó en los siguientes términos:</p> <p>“Sobre el punto, conviene subrayar, que si para los juzgadores la clase de acción ejercitada por el actor es absolutamente vinculante y no gozan de autoridad para variarla, es patente que en un caso dado en el que se formulen pretensiones a las que el demandante, ‘mediante declaraciones categóricas de su libelo, les haya asignado una clara configuración extracontractual’, aquéllos ‘no pueden modificar esta faz originaria de la litis y resolver como si se tratara de obligaciones emergentes de un contrato’ (...). (sentencia de 19 de febrero de 1999, Exp. No.5099).</p> <p>...</p> <p>En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante” (Cas. Civ., sentencia del 16 de julio de 2008, expediente No. 1997 00457 01; subrayas fuera del texto).</p>
<p>Establecer si la cita fue realizada por la corte.</p>	<p>Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han</p>

	<p>sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual; el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana”, pues tal proceder puede conducir a “proteger daños que fueron excluidos de lo pactado, o abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de las indemnizaciones” (Sent. S. de N.G., 29 de agosto de 1947, LXII, 837). De igual forma, la mencionada solución es defendida por la doctrina contemporánea que al tratar el tema señala que “la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla iura novit curia (...)” (Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. Civitas. Madrid. 2000. Pág. 268).</p>
<p>Analizar si hubo modificación de la jurisprudencia sobre el uso del aforismo en la sentencia.</p>	<p><i>El Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia del 19 de abril de 2007, en la que negó las excepciones formuladas por los demandados, los declaró civil y extracontractualmente responsables de los daños causados al actor en el accidente de que da cuenta la demanda.</i></p> <p><i>El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil - Familia - Laboral, mediante el fallo impugnado en casación, fechado el 9 de noviembre de 2007, revocó la sentencia de primer grado, lo que hizo con fundamento en el artículo 993 del Código de Comercio y en que el término de dos años allí previsto, contado desde la fecha del accidente investigado (22 de mayo de 2000), estaba cumplido para la fecha en la que se inició el proceso con la presentación de la demanda (14 de diciembre de 2004)..</i></p> <p><i>5. Más adelante aseveró que <u>se establece “claramente que entre la empresa y la víctima sí existió un contrato de transporte de acuerdo al artículo 981 del Código de Comercio, como se infiere de las pruebas practicadas y allegadas al proceso, especialmente de la constancia expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, (...) la que da cuenta del accidente y señala que dicho señor resultó lesionado, y [del] interrogatorio del mismo demandante, [donde] manifiesta que iba en el microbús de pasajero, dando certeza al fallador de la relación contractual existente entre las partes y siendo así, el término que tenía para iniciar la acción era de dos años como lo</u></i></p>

	<i>contempla el artículo 993 ibídem”, precepto que a continuación reprodujo. La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia</i>
Establecer si la cita fue realizada por el demandante.	No.
Evaluar si la aplicación del iura novit curia por la corte fue motivo de cambio de la decisión del tribunal.	<p>Niega la posibilidad de utilizarlo como deber-poder del juez de garantizar la justicia material, yéndose en contra de sentencia que incluso es citada en la parte motiva y se adscribe con la decisión a la primera corriente doctrinal que se transcribe:</p> <p>“Así, un sector de la doctrina especializada, particularmente foránea, ciertamente muy calificada, aboga por un replanteamiento del asunto, con miras a diferenciar de manera tajante el ámbito propio de la responsabilidad civil extracontractual, en cuanto actividad enderezada a atribuir a un sujeto dado la obligación de indemnizar un daño injustamente causado, de los efectos que se desgajan del incumplimiento contractual (...).</p> <p>“Otros, por el contrario, guiados por el objetivo de facilitar las indemnizaciones, propenden por la consolidación rotunda de los dos bloques de responsabilidad en uno solo, estimando que la distinción de ellos es inútil, en cuanto que ambos apuntan al resarcimiento de quien ha experimentado un daño en su persona o bienes como consecuencia de la culpa de otro, de ahí que defienden el principio de la unidad de la culpa civil, pues, de una parte, rechazan cualquier distinción teórica al respecto, y, de otro lado, propugnan por la unificación de las fuentes de responsabilidad, reconduciéndolas directamente a la ley.</p>
Determinar en cuantas sentencias el aforismo fue utilizado como un obiter dicta.	Fue utilizado como obiter dicta.
Decisión	<i>El Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia del 19 de abril de 2007, en la que negó las excepciones formuladas por los demandados, los declaró civil y extracontractualmente responsables de los daños causados al actor en el accidente de que da cuenta la demanda y, en tal virtud, los condenó a “pagar solidariamente en un treinta y tres, con treinta y tres (33.33%) cada uno, los PERJUICIOS MATERIALES a favor de JESÚS MARÍA DURÁN RINCÓN, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y DOS (\$154.564.487.82), A LA VIDA DE RELACIÓN, la suma de TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS</i>

	<p>(\$35.800.000), indexados y los intereses moratorios desde la presentación de la demanda hasta la fecha del pago”, e igualmente les impuso las costas del proceso (fls. 221 a 236, cd. 1).</p> <p>Mediante auto emitido el 7 de junio de 2007, el Juez Segundo Civil del Circuito de Cúcuta aclaró el comentado fallo, en el sentido de que “a cualquiera de los civilmente declarados solidariamente responsables se les puede hacer efectiva el total de la obligación condenada” (fls. 241 y 242, cd. 1).</p> <p>6. Inconformes con tales determinaciones, los demandados Empresa de Transportes Guasimales S.A., Transguasimales S.A., y William Alberto Villamizar Ortega interpusieron recurso de apelación.</p> <p>Al desatar la alzada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil - Familia - Laboral, mediante el fallo impugnado en casación, fechado el 9 de noviembre de 2007, revocó la sentencia de primer grado y, en su defecto, declaró “PROBADA LA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA, EMPRESA TRANSGUASIMALES S.A. Y WILLIAM VILLAMIZAR QUINTERO (sic) de PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN” (fls. 25 a 41, cd. 5).</p> <p>DECISIÓN</p> <p>En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 9 de noviembre de 2007, proferida por la Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el presente proceso ordinario, plenamente identificado al inicio de esta providencia, entendida en la forma que se precisó en las motivaciones de la misma.</p>
Comentario	<p>Establece que la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito cuando se viaja en calidad de pasajero es contractual, razón por la cual opera la prescripción del código de comercio.</p> <p>Niega la posibilidad de que el juez modifique la premisa mayor de la demanda así los hechos y la causa petendi, soporten tal decisión como lo había reconocido el juzgado de primera instancia, decisión que fue revocada por el superior.</p> <p>Sostiene que la labor hermenéutica, por una parte, no puede conducir a desfigurar o a alterar, menos en perjuicio del actor o del derecho de defensa de la parte demandada, su contenido objetivo y que, por otra, ha de estar siempre encaminada a hacer efectiva “la prevalencia del derecho</p>

	<p>sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos” (Cas. Civ., sentencia del 27 de agosto de 2008, expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01), razón que le permite confirmar la decisión del tribunal.</p> <p>Este dicho de paso introduce en la sentencia un argumento que fue razón de la decisión en la sentencia que lo contiene y en ella, la corte aprueba la modificación de la calificación jurídica de la demanda hecha por el tribunal así:</p> <p>Si bien es cierto que en el texto del libelo introductor existen elementos que permitirían entender como propuesta la responsabilidad contractual, no lo es menos que también obran en el mismo otros que apuntan a establecer que se trata de una responsabilidad extracontractual, circunstancias de ambivalencia que autorizan al sentenciador para acoger ya la primera o la segunda, sin que el elegir una de ellas sea constitutivo de un error palmario, manifiesto y evidente de la hermenéutica judicial.</p>
Citas.	<p>(Cas. Civ., sentencia del 13 de agosto de 1996, expediente No. 4570). (Cas. Civ., sentencia del 27 de agosto de 2008, expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01). Cas. Civ., sentencia del 3 de febrero de 2009, expediente No. 11001310302003-00282-01). (sentencia de 19 de febrero de 1999, Exp. No.5099). (Cas. Civ., sentencia del 16 de julio de 2008, expediente No. 1997 00457 01;). (Cas. Civ., sentencia del 17 de octubre de 2006, expediente No. 08001-31-03-006-1997-11277-01). (Cas. Civ., sentencia de casación de 31 de octubre de 2001; y sentencia sustitutiva de 26 de junio de 2003, Exp. 5906). (Sent. S. de N.G., 29 de agosto de 1947, LXII, 837) (Díez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. Civitas. Madrid. 2000. Pág. 268).</p>
	<p>La sala se cita a sí misma, en forma indistinta a través de referencias que hace de sentencias o gacetas. Excepcionalmente incorpora una cita de un texto extranjero que ha sido citado por efecto de incorporar un pasaje de otra sentencia</p>