

La jurisprudencia
frente a las
fuentes de derecho

Rocío Serrano Gómez

LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LAS FUENTES DEL DERECHO

AUTOR: Rocío Serrano Gómez

DIRECCIÓN: rserranogomez@gmail.com,
Escuela de Derecho y Ciencia Política UIS.

FECHA DE RECEPCIÓN: abril 12 de 2007

DESCRIPTORES: Fuentes del derecho, ley, jurisprudencia,
costumbre, equidad, codificación.

RESUMEN: Este artículo analiza las diferentes fuentes de los derechos subjetivos, haciendo énfasis en la ley y en el nuevo papel de la jurisprudencia como criterio obligatorio de interpretación jurídica. Así mismo se refiere a los criterios que aún son considerados como auxiliares en la interpretación, es decir, la costumbre, la analogía y la equidad, entre otros.

KEY WORDS: legal sources, law, jurisprudence, social costume, equity, codification

ABSTRACT: This paper analyzes the different sources for subjective rights emphasizing on law and the new role of the jurisprudence as mandatory criteria for juridical interpretation. At the same time, the author refers to those criteria that are still considered as auxiliar y interpretation sources i.e. social custom, analogy and equity, among others.

La jurisprudencia frente a las fuentes de derecho

Rocío Serrano Gómez

1. Concepto de fuentes del derecho

Hablar de “fuentes” es indagar sobre el origen del derecho. *¿De dónde surge el derecho? ¿Dónde se encuentra formulado? O en otras palabras: ¿Cuál es el origen de las normas jurídicas que integran el derecho objetivo?* Indagar sobre las fuentes es referirse al fundamento de los derechos subjetivos, al origen de esas facultades o poderes que se traducen en derechos subjetivos.

El tema de cuáles deben ser las fuentes del derecho es, ante todo, un problema político y sociológico (RIVERA: 1994; 93) porque es el reconocimiento de cierto “monopolio” en el ejercicio de producción de la ley. La atribución de este poder ocasionará necesariamente enfrentamientos en la sociedad, por lo que también se dice que es un problema de tipo social.

En vista de lo anterior, cada sistema reconoce una fuente particular. Las posiciones monistas reducen todas las fuentes a la ley; para las posiciones pluralistas no sólo la ley sino cualquier pronunciamiento humano con cierta autoridad puede resultar fuente de derechos subjetivos y así incluyen la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y hasta la equidad como origen de derechos.¹

Sea cual sea la posición, en lo que si parece haber acuerdo es en que las fuentes se clasifican según su propio origen, aunque esta clasificación se agrupa de diferente manera en los autores. Colin y Capitant, por ejemplo, distinguen dos categorías de fuentes: “las fuentes *legislativas*, que comprenden la ley y la costumbre; y, a título secundario y como complemento de las primeras, las fuentes de *interpretación*, es decir, la doctrina y la jurisprudencia.” (COLIN Y CAPITANT: 2002; 8). La doctrina

nacional habla de fuente formal directa diciendo que está compuesta por la ley y la costumbre y de fuente formal indirecta integrada por la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad. (GÓMEZ: 2001; 114).

Transando cualquier discusión, nuestra Constitución asumió la posición monista y categóricamente dijo en su artículo 230 que la principal y única fuente de derecho es ley: “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Paso seguido enuncia los llamados “criterios auxiliares”: la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina”. Respecto a la analogía, la costumbre y los principios generales del derecho, la Corte Constitucional aclaró que a pesar del silencio del artículo 230 no habían sido excluidos como fuente indirecta porque aplicar analogía era, en últimas, aplicar ley y porque la costumbre era, de todas maneras, la fuente primigenia de donde surgía la norma, similar consideración tienen las reglas generales del derecho que contienen la esencia de la ley²

La preeminencia de la ley tiene su origen en el proceso de codificación del siglo XVIII y XIX y ha implicado que otras fuentes, que antes eran consideradas principales, hayan ocupado espacios secundarios frente a la ley. Tal es el caso de la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

1.1 La costumbre

Se define la costumbre como una forma espontánea de hacer derecho, que surge de “la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social acompañada de la convicción de que responde a una necesidad jurídica” (ALESSANDRI: 1939; 153)

La importancia de los usos sociales ha sido ampliamente reconocida por los tratadistas de derecho privado. Colin y Capitant califican a la costumbre como un complemento de la ley y la llaman “derecho no escrito”. Para ellos la costumbre es fuente de derecho porque la comunidad le dice al legislador cómo hacer una norma, de manera que la norma surge “espontáneamente de las necesidades y de los usos de la vida social”. Así las cosas, “la costumbre se impone por el hábito, por la tradición. Puede hallarse consignada, ya en los documentos judiciales, ya en las decisiones de los

tribunales, ya en los escritos de los jurisconsultos”.(COLIN Y CAPITANT: 2002; 9).

Sin embargo, en sistemas de derecho escrito como el nuestro, la costumbre no tiene fuerza contra ley así se enfrente a una norma desueta o en desuso. Esto quiere decir que la costumbre es de aplicación subsidiaria y su aplicación dependerá de la falta de ley; adicionalmente deberá probarse al momento de pretender su aplicación por parte del juez. (Artículo 6 del C. de Comercio y artículo 189 del C.P.C.).

El rezago de la costumbre a fuente subsidiaria se debió a la inseguridad jurídica que aparentemente existía en el Antiguo Régimen bajo lo que se llamó “la tiranía de los jueces”. Parece que era usual que los magistrados recurrieran a los usos sociales para solucionar conflictos pero como estos variaban y no estaban escritos en ninguna parte, la producción de sentencias pudo haber favorecido la desigualdad y la inseguridad jurídica.

Así las cosas, imponer la ley sobre la costumbre fue considerado un éxito de los sistemas de codificación. La exposición de motivos del Código de Bello decía: “siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley”³ Nuestro código, que como sabemos es una adaptación del código chileno, sigue la misma lógica. La ley 153 de 1887 en su artículo 13 establece unos requisitos para que sea posible aplicarla -que sea general y conforme a la moral social-, y además que se aplique “a falta de legislación positiva”.

Por su lado, la doctrina ha formulado unos requisitos para la aplicación de la costumbre al clasificarla en *secundum*, *praeter* y *contra legem*. Entendiendo que sólo es admisible aplicar las dos primeras. Respecto a la *secundum legem* es la que se hace por expresa remisión de la norma⁴ y como tal se entiende como una verdadera fuente “supletoria” de ley. La *praeter legem* es la que no contraría la ley. Algunos han pensado que esta última clasificación no debería existir por ser consecuencia lógica de la posición de la costumbre en los sistemas de derecho escrito. .

1.2 La doctrina

A pesar de su importancia en la construcción del derecho de Occidente, la doctrina ha perdido su posición a lo largo del proceso de codificación. El origen de la doctrina se encuentra en Roma con los llamados

“jurisconsultos”, cuya labor principal era asesorar al pretor y al juez, pero sin ninguna responsabilidad legislativa o judicial. Las opiniones de los jurisconsultos se recopilaban por escrito y eran frecuentemente consultadas, especialmente en la época de Justiniano, después de expedido su *Corpus Juris Civilis*. Se dice que *Digesto*, la parte más grande e importante del *Corpus* es en gran medida una compilación de la obra de los jurisconsultos romanos y que las *Institutas*, otra parte del *Corpus*, es básicamente un libro de texto sobre el derecho romano, escrito por académicos del período clásico. (MERRYMAN; 1994: 115).

El aporte de la doctrina a los procesos de codificación del siglo XIX tiene notables ejemplos en Robert Pothier, asesor en el proceso de elaboración del Código de Napoleón (1804), y en Andrés Bello único artífice del código civil de Chile (1855).

A pesar de su importancia, la doctrina hoy en día es considerada mero criterio auxiliar para el intérprete y no tiene ninguna fuerza contra ley. No hay que confundir la desinteresada labor de los estudiosos o doctrinantes con la llamada “doctrina constitucional” o con la doctrina producida por los funcionarios administrativos en el cumplimiento de sus funciones (artículo 26 C.C.). Respecto de las primeras, estamos frente a la jurisprudencia y en cuanto a la última, podemos identificarla con la argumentación que sustenta las resoluciones administrativas. Ambas tienen, según la Constitución, un lugar subordinado frente a la norma.

1.3 La jurisprudencia

En los siglos XVIII y XIX los jueces europeos constituían una clase aristocrática y terrateniente que aprovechaba sus atribuciones para legislar en sus sentencias. Por esta razón, en el proceso de codificación posterior a la revolución francesa se propuso un modelo legislativo que daba prevalencia a la ley y limitaba al máximo la interpretación del juez. En otras palabras, se respaldó el “principio de la certeza del derecho”, que exigía un derecho claro y concreto “a prueba de jueces”⁵. Hasta ahora podemos afirmar que, históricamente, se ha glorificado al legislador mientras se tiende a disminuir el poder de los jueces. (MERRYMAN: 1994; 111).

Para garantizar la preeminencia de la ley se debió legislar profusa y detalladamente las conductas humanas⁶, esperando así que los jueces se convirtieran en técnicos cuya función era la simple aplicación de la ley al caso

controvertido, como aplicando una premisa. Si se legislaba al detalle era de esperar que no existieran lagunas, pero se comprenderá que en una sociedad cambiante esto es imposible. Por esta razón, se previó una solución que no ofendiera la prevalencia de la ley en el sistema jurídico: la analogía *-legis o juris-*, permite al interprete aplicar *la ley* o leyes que regulen casos semejantes al asunto no previsto y de esta manera superar el problema en la aplicación de justicia.

La tendencia legislativa de la preeminencia del legislador que guió la elaboración de los códigos europeos se reflejó en nuestro código civil. En efecto, el código civil de Andrés Bello es un ordenamiento extenso y como todo código de la época procura contener todas las eventualidades de la vida privada. Son frecuentes los ejemplos y la cita de asuntos mínimos como los panales del vecino, o las ramas de los árboles que invaden linderos, la propiedad de las ínfimas cosas que se recogen por el primer ocupante, son pasajes que, entre otros, hoy en día son meras curiosidades sobre la vida de nuestros antepasados.

El código comienza con un libro preliminar sobre la naturaleza de la ley, el peso de la costumbre, los métodos de interpretación y de manera muy curiosa, un capítulo especialmente dedicado a definir las palabras de uso frecuente, propio de la interpretación exegética. Si el legislador se dio a la tarea de definir las palabras más usuales era porque quería mantener intacto el sentido de la norma; así lo recuerdan el artículo 27 y el 29, al decir que si el sentido de la ley es claro debe seguirse su tenor literal y que si hubiere oscuridad en la ley deberá recurrirse a “su intención o espíritu”, o que si se trata de palabras técnicas debe recurrirse al sentido que le da la profesión o arte y no la que piense el juez. Lo anterior es aplicación del principio ***In claris non fit interpretatio***.

De acuerdo con lo anterior, el ideal jurídico del código civil es el de un juez exégeta con poco o ningún vuelo interpretativo. Lo anterior tiene sustento en la guía para la interpretación judicial que se encuentra en los artículos 17 y 26. Primero que todo, el artículo 17 advierte que “las sentencias no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y paso seguido les recuerda a los jueces su verdadero lugar en la función pública: ellos aplican la ley pero no pueden legislar: “es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria” (subrayado fuera de texto).

La intención de limitar al máximo al juez y prevenir que su función terminara

en una labor legislativa se repite en el último inciso del artículo 25 del código civil al decir que la interpretación sólo tiene efectos “por vía de doctrina”, y paso seguido, el artículo 26 confirma que respecto de la ley, lo único que debe hacer el togado es “buscar su verdadero sentido” sin mayores ambiciones que las que tendría un particular al emplear su propio criterio para resolver asuntos “peculiares”. De ahí en adelante, se exponen unas guías para resolver los asuntos con la menor interpretación posible (artículos 27, 28, 30, 33 C.C.) y se les sugiere a los jueces los métodos de interpretación en caso de que sea absolutamente necesario hacerlo.

No es de extrañar que los métodos de interpretación sugeridos por Andrés Bello giren exclusivamente entorno a la norma: el exegético (art. 29 C.C.), el sistemático (art. 30 C.C.) y la interpretación por extensión (art. 31 C.C.). Como es de esperarse, la interpretación en equidad es un método rezagado a los anteriores, absolutamente supletorio según lo advierte el artículo 32 del código. En cuanto al método sociológico, debemos advertir que es un aporte de la teoría del *trialismo* jurídico en tiempos de hoy pero totalmente ajeno a la visión del legislador del siglo XIX.

Las restantes fuentes de derecho establecidas por la ley 153 de 1887, esto es, costumbre, analogía, jurisprudencia, principios generales del derecho, y equidad, fueron reguladas de manera que su aplicación fuera subsidiaria de la aplicación de la fuente suprema. Sin embargo, la misma doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional ha planteado para la jurisprudencia un lugar equiparable a la ley, cosa que en tiempos de los movimientos codificadores podría haber parecido un atentado contra la voluntad soberana del pueblo. El propósito de este ensayo es plantear que el orden de las fuentes establecido por el artículo 230 de la Carta, se ha reformado paulatinamente por la misma guardiana de la Constitución por medio de la figura del precedente y de la fuerza vinculante de la *ratio decidendi*.

1.3.1 De la doctrina probable al precedente jurisprudencial

Frente a un código civil redactado en la época de la exégesis, ¿Cuál debe ser hoy en día el papel del juez? ¿Cómo influyen en la interpretación judicial las nuevas tendencias del llamado “derecho de los jueces”? En otras palabras, ¿Qué queda de la exégesis sugerida por la ley 153 de 1887?

A pesar del hermetismo de la ley 153 de 1887, su artículo diez dejó una puerta abierta a la interpretación judicial al reconocer la fuerza de la jurisprudencia mediante la figura del precedente jurisprudencial: “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces **podrán** aplicarla en casos análogos (...)” De esta disposición se han valido las altas Cortes para postular criterios que han modificado la manera como debe entenderse la ley, como es el caso de la sólida doctrina sobre la posesión inscrita o la ampliación de los efectos de la unión marital de hecho, para citar sólo dos ejemplos.

¿ Todo pronunciamiento de un juez es jurisprudencia? Si la jurisprudencia es la interpretación que hace el juez por medio de las sentencias deberíamos admitir que todo juez emite jurisprudencia; sin embargo, para que sea considerada criterio auxiliar de interpretación debe proceder de una alta Corte y debe ser reiterada. Esto se desprende del mismo artículo diez de la ley 153 del 87 al señalar como criterio de interpretación únicamente los producidos por la Corte Suprema de Justicia (hoy entendemos que cualquiera de los altos Tribunales).

Por otra parte, la jurisprudencia no es toda la sentencia sino la contenida en la parte motiva, conocida con el nombre de “cosa juzgada implícita” o *ratio decidendi*. Esta parte de la sentencia se caracteriza porque contiene los argumentos que justificaron el fallo y por esta razón, ha dicho la Corte Constitucional, tiene efectos *erga omnes* en sentencias de constitucionalidad, de unificación y en sentencias de tutela.⁷

La posición de volver obligatoria la *ratio decidendi* y de darle efectos vinculantes para todos los jueces en sus providencias e incluso para los particulares no es nueva. Prácticamente desde su creación la Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de tenerla en cuenta para preservar el derecho de igualdad, el de la buena fe, la coherencia del orden jurídico y la confianza en la justicia.⁸

Según la nueva teoría llamada del derecho de los jueces, la “fuerza vinculante” de la *ratio* tiene características muy similares a las de la ley, sólo que existe para el juez la posibilidad de apartarse del precedente, cosa que no ocurre con la norma. Sin embargo, “apartarse” de la obligatoriedad de la cosa juzgada implícita es bastante complicado porque, según la misma Corte Constitucional⁹, el funcionario que decide modificar el precedente está en la obligación de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado a ese cambio; si no lo hace incurre en una vía de hecho y la sentencia puede

ser atacada por vía tutela por violación al principio de igualdad (LÓPEZ MEDINA; 2000; 41-44).

El último avance en este sentido lo constituye la todavía inédita sentencia C-820 de Octubre 4 de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy. Según el reporte de prensa, la Corte estimó que las expresiones “con autoridad” y “sólo” del artículo 25 del código civil desconocen la función de interpretación de la ley oscura que tiene el juez, ya que la función de interpretar no es exclusiva del legislador. Según el alto Tribunal, el artículo 25 “establece en realidad un monopolio en cabeza del legislador” y no se puede “desconocer el papel que tiene el juez para crear derecho (sic), pues esa función es connatural a la que tiene como administrador de justicia”¹⁰

Lo anterior nos lleva a concluir que queda muy poco de la exégesis sugerida por el Código Civil y que poco a poco, la misma guardiana de la Constitución ha planteado, por vía jurisprudencial, un nuevo papel para la jurisprudencia, superior incluso al propuesto por el propio artículo 230 de la Carta.

1.3.2 La equidad y el juez

Como vimos, la equidad es un método de interpretación subsidiario, es decir, que sólo se aplica si los legales no tienen cabida. En su sentido general, el juez puede aplicarla para mitigar la dureza de un estatuto, o para asignar la propiedad o la responsabilidad de acuerdo con los hechos del caso individual. A veces, la aplicación de la ley al caso concreto produce efectos notoriamente injustos. Desde este punto de vista la equidad es corregir la ley para aplicarla al caso singular cuando la interpretación literal llevaría a una injusticia. En otras palabras, la equidad es la “mitigación del rigor de la ley; aplicándola templada por la *Humanitas, pietas o benignitas*.”¹¹

Así las cosas, la equidad está vinculada a la idea de justicia, significa “lo fundamentalmente justo”. Hay que tener en cuenta que más que un criterio auxiliar, la equidad indica “un proceder”, una manera de administrar justicia, significa “aquel modo de formular sentencias judiciales o resoluciones administrativas, que signifique la interpretación y aplicación de la ley con estricto sentido de justicia al caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean” (ABELEND: 1980; 120).

Este proceder del juez afecta la norma porque la corrige, la adecua para que cumpla la finalidad pensada por el legislador y evita la injusticia. Viéndolo así, implica claramente el otorgamiento de una facultad discrecional al juez y

es claro que el principio de la certeza del derecho podría verse quebrantado. Por esta razón, la posición de los neo romanistas es que los jueces deben estar muy limitados en el ejercicio de la equidad.

Voces contrarias a esta facultad dicen que si de la aplicación de la ley resulta una injusticia debe pensarse que esa no es la ley aplicable al caso y que, por tanto, debe rechazarse y aplicar otra. Pero otros autores -como Recaséns Siches¹²-, opinan que la equidad es un proceder propio del juez que debe tenerse en absolutamente todas las leyes, ya que la equidad no es un procedimiento correcto para corregir leyes imperfectas sino la “manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas”. Entonces, es la vocación del juez, es el logro ideal de la administración de justicia, no es un criterio auxiliar del cual pueda echarse mano, sino la manera propicia de entender la norma.

2. Novedosas fuentes sugeridas por la doctrina: la teoría de los derechos aparentes

La doctrina ha llamado la atención sobre otras fuentes rescatadas del mismo código civil. Es decir, son emanaciones de derechos subjetivos a partir de la propia ley. Esta es la llamada “teoría de la apariencia de los derechos”, según la cual, situaciones de hecho aparentes revelan derechos subjetivos, como sucede con los vicios ocultos, la posesión, el error común y la responsabilidad civil (SUESCÚN MELO; 2005, 93-137).

La teoría de los derechos aparentes está basada en el hecho de que la actuación de las personas (situación de hecho perceptible) en ocasiones demuestra la existencia de derechos, como puede pasar con la posesión notoria del estado civil, que revela la existencia de un estado civil, o con la posesión de bienes muebles o inmuebles, que presumen la existencia del derecho de propiedad. La propuesta de la teoría es darle a esas “apariencias” efectos jurídicos dado que han creado en la mente de las personas una creencia equivocada sobre la existencia de un derecho. Para ellos, la creencia equivocada puede ser fuente de derechos, en virtud del principio *error communis facit jus* que es la base de la buena fe creadora de derechos.

Para soportar su argumento afirman que es la misma ley la que da a estas apariencias consecuencias jurídicas. Como ejemplo de lo anterior se cita el artículo 1634 del código civil que considera válido el pago hecho de buena fe

a la persona que estaba en posesión del crédito (“acreedor putativo”), el artículo 105 del código de comercio que dice que en los casos de nulidad del contrato de sociedad los terceros de buena fe pueden hacer efectivos sus derechos contra la sociedad; o según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, el amparo al tercero de buena fe frente a la condición resolutoria tácita de todo contrato por incumplimiento de una de las partes (artículo 1548 del Código Civil); otro caso sería el de la compra de bienes muebles hurtados en establecimientos de comercio donde se ampara al comprador de buena fe contra el ataque del propietario en acción reivindicatoria (artículo 947 c.c.).

Según vemos, la teoría de los derechos aparentes defiende la actuación honesta del tercero de buena fe y hace surgir en su favor derechos subjetivos no obstante que ellos hayan creído erróneamente que existía el derecho. En palabras de la doctrina, “respecto de dichos terceros la ley permite que las cosas se miren como si fueran ciertas, es decir, como si el derecho aparente fuera real”, y a partir de ahí, que “la creencia equivocada basada en la realidad visible, pueda tener prelación sobre la verdad jurídica”. (SUESCÚN: 2005, 99).

Esta posición doctrinal no hace otra cosa que rescatar algo que ya sugería el legislador. Desde este punto de vista la teoría de los derechos aparentes no es tan aparente, sino real. Es un reconocimiento que hace el legislador basado en principios generales del derecho como el “error común hace derecho” y la “*bonísima fides*” o buena fe creadora de derechos. Así las cosas, es un aporte que rescata viejas posiciones legales y que no influye en el orden de las fuentes.

2.1 El contrato como fuente de derechos subjetivos

Algo similar sucede con el contrato como fuente de ley. Algunas legislaciones como la francesa y la nuestra contempla el contrato como fuente de derecho. Esta consideración se debe al respeto por la libertad contractual que existió en el siglo XIX, clara consecuencia de los principios de la revolución francesa y del modelo económico imperante en aquella época. Quienes siguen la posición pluralista ven en el negocio jurídico verdaderas instancias creadoras de normas jurídicas individuales, inclusive llamando al libre juego de voluntades “actividad jurígena” que crea relaciones de derecho entre las partes y que al mismo tiempo hace nacer, modifica, transfiere o extingue derechos subjetivos. (ABELEND: 1980; 96).

El contrato no es fuente formal de derecho sino una consecuencia de la facultad que tiene cualquier persona de poner en movimiento los derechos objetivos que le reconoció la norma. No es fuente de derecho objetivo porque los efectos del negocio vinculan exclusivamente a las partes, es decir, no tienen efectos *erga omnes* y porque de todas maneras, los contratos están supeditados a la ley. En efecto, no pueden contradecir ni desconocerla, tampoco pueden agredir la moral social ni las buenas costumbres y tampoco pueden referirse a derechos subjetivos irrenunciables ni referentes a la personalidad.¹³

CONCLUSIONES

La Constitución Política Colombiana estableció en su artículo 230 un orden de aplicación de las fuentes del derecho donde la ley es fuente principal de derecho. Esta posición es la misma que adoptó en el siglo XIX el legislador. Sin embargo, la misma jurisprudencia por medio de pronunciamientos de la Corte Constitucional ha dado una nueva aplicación a la vieja doctrina probable por medio de la figura del precedente jurisprudencial, que en últimas implica una alteración del orden constitucional de las fuentes. Hoy en día, los operadores jurídicos deben admitir el peso del precedente bajo el riesgo de que sus sentencias sean atacadas en tutela por violación al principio de igualdad. La vía de hecho es un argumento de construcción jurisprudencial que hoy en día hace reflexionar a los operadores jurídicos sobre el nuevo papel de la jurisprudencia como fuente de derechos.

Las restantes fuentes de derecho no han corrido con la misma profusión y permanecen como meros criterios auxiliares, sin mayores discusiones, aparte de algunas voces doctrinales extranjeras. Algunas fuentes han sido adicionadas, como el contrato y la teoría de los derechos aparentes; sin embargo, su estrecha relación con la ley no les da categoría independiente entre las fuentes.

A raíz del desarrollo de la teoría del precedente jurisprudencial y las continuas referencias que hace la corte Constitucional a su obligatoriedad y al respeto a la *ratio decidendi*, nuestro sistema de derecho afronta una transición del sistema neo germánico al nuevo derecho jurisprudencial. Dependerá de la claridad con que se identifique el precedente y de la coherencia en su aplicación la no vulneración del principio de la seguridad jurídica.

Este empeño, sin embargo, no garantiza que la división de funciones entre

las ramas del poder público se mantenga en su estricta naturaleza, tal y como se previó en épocas de la codificación.

BIBLIOGRAFÍA

ABELENDIA, César Augusto. Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires. 1980.

ALESSANDRI, Arturo. Curso de derecho civil. Sin datos de editorial, Santiago. 1939.

BELLO, Andrés. Código Civil de la República de Chile. Ministerio de Ecuación. Biblioteca Nacional, Caracas, Venezuela. 1954

COLIN Ambroise y CAPITANT Henri. Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces. Volumen I. Jurídica universitaria. Méjico, 2002

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá, Legis. 2000.

MERRYMAN, John Henry. La tradición romano-canónica. Fondo de cultura económica. México. 1994

VALENCIAZEA, Arturo. ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Temis, Bogotá, 1997

RIVERA, Julio Cesar. Instituciones de derecho civil. Parte General I. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1994.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Legis, Bogotá. 2005.

Sentencia T-292 de 2006. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Ver César Augusto Abelenda. Derecho civil. Parte General, Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, página 85 y ss.

2 Sentencias C-224 de 1994 y C-083 de 1995

3 Exposición de motivos del Código Civil de Chile por el Presidente de la República Don Manuel Montt. Santiago, 24 de noviembre de 1855. Código Civil de la República de Chile. Ministerio de Educación, Caracas, 1954, pág. 4).

4 Por ejemplo, la remisión expresa de los artículos 1879.2, 1998.2, 2002 y 2012 del Código Civil.

5 El principio de la certeza del derecho, como su nombre lo indica, implica, seguridad jurídica e impide que el sano equilibrio entre las ramas del poder público se pierda, por ejemplo impidiendo que un ejecutivo abusivo pretenda que la justicia esté a su servicio, o impidiendo que los jueces administren justicia según criterios subjetivos, lo que acarreará inseguridad jurídica y violación al principio de igualdad.

6 El código de Prusia, elaborado a finales del siglo dieciocho bajo el imperio de Federico El Grande, en 1792, contenía 17.000 artículos y el de Napoleón, de 1804, tenía 2.281 artículos. El código de Andrés Bello, adoptado como código civil de la república de Colombia en 1857 contiene 2684 artículos.

7 Sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Ver sentencias C-309 de 1996, C-427 de 1996, SU-640 de 1998, C-030 de 2001, C-774 de 2001 y C-252 de 2001, entre otras.

9 Sentencia T-123 de 1995

10 *Ambito Jurídico*. 21 de octubre al 3 de noviembre de 2006. Legis editores. Página 7

11 La cita es de Albaladejo, y ese referenciada por Julio Cesar Rivera en su libro *Instituciones de derecho civil*. Pág. 149

12 Ricasens Sichés es citado por Cesar Augusto Abeleda en Derecho Civil, Parte general, Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, Pág. 120.

13 Artículos 15 y 16 del código civil.