

Sentencia No. C-083/95

ANALOGIA

La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL/JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL- Criterio Auxiliar

Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

ANALOGIA LEGIS/ANALOGIA IURIS

Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO-Determinación/REGLAS GENERALES DEL DERECHO/REGLA DE RECONOCIMIENTO

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de

manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento.

**PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM
ALLEGANS/PRINCIPIO “NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA
CULPA”/PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

¿Hace parte del derecho colombiano la regla nemo auditur propriam turpitudinem allegans?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlos, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

COSTUMBRE PRAETER LEGEM/FUENTES DEL DERECHO

Podría discutirse, en teoría, si el artículo 13 de la Ley 153/87 resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla exequible. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO/ARBITRIO JUDICIAL

¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho",

expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.

REF. : Expediente No. D-665

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887

Demandante: Pablo Antonio Bustos Sánchez

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Acta No.7

Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

1. ANTECEDENTES

El ciudadano PABLO ANTONIO BUSTOS SANCHEZ en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexecutable los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, por infringir el artículo 230 del Estatuto Superior.

Dado que sobre el artículo 13, materia de impugnación, esta Corporación ya había emitido pronunciamiento en el sentido de declararlo executable, como consta en la

sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, el magistrado sustanciador rechazó la demanda contra esa disposición por haberse operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional, y admitió la dirigida contra el artículo 8o., razón por la cual en el presente fallo únicamente se hará referencia a este último precepto.

Cumplidos como están los trámites constitucionales y legales estatuidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

2. NORMA ACUSADA

El texto del precepto legal que se demanda, es el siguiente:

"artículo 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

3. LA DEMANDA.

Manifiesta el demandante, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, los jueces en sus providencias, sólo están sometidos a la ley, y para efectos de su interpretación cuentan con estos criterios auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Por consiguiente, no les es posible "acudir a las normas que regulan casos o materias semejantes, vale decir a la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, en la forma expresada en el artículo 8° de la ley 153 de 1887, sino directamente bajo la forma supralegal que impone el invocar la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, dado que las normas que regulan casos o materias semejantes, no se hallan actualmente consagradas como criterios auxiliares de la actividad judicial, por lo que acudir a la analogía hoy por hoy equivale a pretermitir los alcances de la prenombrada disposición constitucional vigente."

Y agrega, que de ese hecho se deriva otro problema jurídico, pues "en defecto de la analogía, tampoco se podría acudir, después de la Constitución del 91, a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho, o si lo fueran lo serían no de manera aislada, sino que también se debería acudir a la equidad, y a la jurisprudencia, para dirimir el caso concreto donde no existe norma exactamente aplicable".

Por otra parte, señala que la norma constitucional que se estima vulnerada no es clara, porque "si se da un conflicto entre los diversos criterios auxiliares de la actividad judicial, que de paso sea dicho se refieren a fuentes del derecho ampliamente reconocidas, como la jurisprudencia, y la doctrina, incluye como fuentes formales igualmente a la equidad y los principios generales del derecho, y decimos fuentes formales porque se hallan como se dejó visto expresamente consagradas por el constituyente delegado por vía nada menos que de la ley de leyes". Por lo que se pregunta: "cómo resolver los eventuales conflictos entre la equidad, y la jurisprudencia, y a su turno los que se presenten entre estos y los principios generales del derecho, y los de la doctrina en general, puesto que la norma no habla ya de doctrina constitucional, sino de doctrina en general?".

Según el demandante, el Constituyente de 1991 "desembarazó nuestro sistema

jurídico, de la analogía, abriendo un horizonte nuevo y distinto donde fuera posible reconciliar la práctica judicial al menos cuando faltara norma exactamente aplicable, con la equidad, donde pareja con ésta se sumara el desarrollo de la jurisdicción por vía de sus pronunciamientos hasta erigirse en precedentes, en una verdadera fuente del derecho colombiano inspiradora de soluciones probadas, en cuya ausencia debería acudir a los principios generales del derecho, y a la doctrina en general".

No obstante lo anterior, el demandante afirma que el inciso segundo del artículo 230 de la Carta derogó la norma acusada, pero considera que ello "no impide de manera alguna que el juez en su normal quehacer acuda a tales fuentes, inc. 2o. art. 230, cuando interpreta y aplica la ley de cara al caso concreto, ni que involucre los vastos aportes de terrenos tan sanos para ver y construir el nuevo derecho con ojos de futuro".

Para finalizar, manifiesta que "el art. 230 C.P. en su inciso segundo expresa los contenidos y alcances del principio de integración a la luz del nuevo derecho colombiano, los cuales repugnan con los estrechos marcos de las disposiciones atacadas", además de "contravenir la cláusula general de integración válida para todas las ramas del sistema de derecho colombiano y que de suyo permean el concepto de sistema constitucional, ausente del ordenamiento constitucional precedente, y que obliga a asignar las consecuencias jurídicas al supuesto jurídico en cuestión. Interpretación contraria equivaldría a dejar como letra muerta, el inc, 2o. del art. 230 de la C.P., en la medida que la vuelta por la analogía y en su defecto por la costumbre a falta de norma expresa, revotaría (sic) contra lo que equivale a una norma general de la actividad judicial, que por ser aplicable ante el ejercicio hermenéutico propiamente, cuando existe norma aplicable, con mayor fuerza y razón lo sería en su ausencia por el principio de la universalidad del derecho, y su integración".

4. INTERVENCION CIUDADANA

El Ministro de Justicia y del Derecho, actuando por medio de apoderado, presentó un escrito en el cual expone las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad de lo demandado, las cuales se resumen a continuación:

- Colombia es un Estado Social de Derecho en el que "prima el derecho positivo y el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico por los poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas, para que el poder judicial no deje sin solución ningún asunto sometido a su estudio, pues su deber primordial en todo conflicto de intereses es restablecer el equilibrio jurídico, garantizando real y efectivamente el principio constitucional de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229, porque los jueces de un país jamás pueden rehusar la administración de justicia pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley".

- Y agrega, que por más perfectas que traten de ser las leyes, siempre quedarán vacíos, pues el legislador no puede regular absolutamente todas las situaciones que se pueden presentar, y ante esta circunstancia y la prohibición de rehusarse a administrar justicia, "el juez tiene que encontrar por sí mismo la norma para la decisión"; y es aquí donde la analogía se constituye en el medio principal para lograr resolver el conflicto planteado. Claro está que en materia penal el problema de la

analogía cambia totalmente porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta, el fundamento de la acción estatal es la propia ley, de ahí el principio "nullum crimen nulla poena sine lege".

- Para concluir, anota que "la analogía no es mas que el desarrollo de los principios generales del derecho tales como 'la igualdad jurídica', 'las mismas situaciones de hecho deben comportar las mismas sanciones jurídicas', y 'donde exista la misma razón, debe ser la misma regla de derecho'. Siendo la ley una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho; la ley a su turno admite y autoriza la analogía y la costumbre; entonces, cuando el juez las aplica no se está saliendo del imperio de la ley".

5. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 507 del 29 de septiembre de 1994, en el que solicita a la Corte declarar exequible el artículo 8° de la ley 153 de 1887, en forma parcial, sin indicar a que aparte de la norma se refiere. Son estos los argumentos en que se fundamenta el citado funcionario:

- En primer término, considera que son dos los aspectos que han de dilucidarse para resolver la demanda, a saber: el principio de la integración normativa en relación con la analogía; y la no inclusión de la analogía dentro de los criterios auxiliares de la actividad judicial.

- En relación con el primer punto, señala que el legislador al regular las diversas situaciones que le plantea la compleja realidad social, económica, política e institucional, no está en capacidad de prever todos aquellos eventos que se pueden presentar; además de que "la función reguladora no consiste en resolver casuísticamente la totalidad de tales situaciones sino en el establecimiento de preceptos de carácter general. No obstante lo anterior, toda controversia sometida a la decisión del juez debe ser resuelta jurídicamente. Los vacíos que la ley deja deben ser llenados por el juez, por supuesto que no en forma arbitraria, sino mediante la aplicación de principios jurídicos".

- Y citando a García Maynez sostiene, que "si bien es posible que en la ley se encuentren lagunas, el derecho no puede tenerlas. Y es aquí en donde el principio de la integración normativa, cumple su tarea, justamente integradora, en el campo del derecho".

- En cuanto a la forma como debe proceder el juez para colmar los vacíos frente a las fuentes formales del derecho, dice que lo usual es que sea la ley, la norma que prevea recursos y caminos para llenarlos; de ahí que el primer paso del juez es apelar a ella, para ver si existen o no reglas de integración. Si existen, el juez debe acudir a esas reglas y, es aquí en donde la analogía surge como uno de los métodos de integración más importante del derecho. En consecuencia, no se infringe el artículo 230 de la Carta, cuando en la norma acusada se alude a la analogía como método de integración principal de los textos normativos; "método que junto con la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho, conforman los criterios auxiliares de la actividad judicial, destinados a que el juez cumpla con su misión esencial en el marco del ordenamiento jurídico imperante".

- La enumeración de los criterios auxiliares de la actividad del juez consagrados en el artículo 230 de la Carta, "no tiene sentido taxativo. En efecto, cuando el Constituyente señaló a la jurisprudencia, a la equidad, a los principios generales del derecho y a la doctrina, con ello indicó que tales criterios eran válidos constitucionalmente como auxiliares del juez en su actividad profesional, pero con tal indicación no excluyó necesariamente a otros, los cuales tanto para la doctrina, como arriba se demostró, como para la tradición jurídica colombiana, constituyen opciones para el juez en su tarea de administrar justicia, cuando la ley ha dejado un vacío en su regulación. La norma constitucional reza en su texto que los allí enunciados son criterios auxiliares del juez, pero no dice, en ningún momento, que sólo ellos lo son".

- En cuanto a la no inclusión en el artículo 230 de la Constitución, de la analogía, estima el Procurador que son aplicables al presente caso los mismos argumentos que esta Corporación expuso en la sentencia C-486/94, sobre la costumbre como fuente del derecho, la cual tampoco se encontraba dentro de la enumeración allí contenida. En esa oportunidad expresó la Corte, que dicho canon constitucional "no excluye en modo alguno otros criterios que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquellas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como auxiliares y, por esta vía despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales".

- Por otro lado, dice el Procurador que "resultaría extraño al mismo texto constitucional, que establece categóricamente la exclusiva sujeción de los jueces a la ley, con miras a garantizar su independencia y por tanto su imparcialidad, que se descartara la analogía *legis*, cuando ese mismo texto ha escogido esa forma más amplia de la analogía, como es la analogía *juris*, al determinar como uno de los criterios auxiliares, los principios generales del derecho".

- Y para terminar, expresa que "postular, en nombre de la seguridad jurídica, el monopolio de la ley, en cuanto tenida por unívoca, como fuente formal del derecho, puede conducir el derecho todo, paradójicamente, hacia la mayor de las inseguridades. Negarse a reconocer la polisemia y con ella, la posibilidad y la necesidad de la aplicación analógica del lenguaje legal, es dejar jurídicamente desamparadas, con excesiva facilidad, muchas de las situaciones tenidas por no reguladas, abandonándolas al arbitrio y en último término, al capricho de los jueces".

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

Por dirigirse la acusación contra un precepto que forma parte de una Ley, compete a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-4 del Estatuto Superior.

6.2. Análisis jurídico del asunto.

6.2.1. Los modos de creación del derecho.

Dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre. Es el tema que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de "las fuentes formales". Con sus habituales claridad y tino, Eduardo García Maynez^[1] las ha definido como "procesos de creación de las normas jurídicas", distinguiendo con acierto la fase generadora, del producto que de ella resulta. Así, el proceso legislativo, tras la reflexión y deliberación que él comporta, da lugar a la ley; y el proceso consuetudinario, prolongado, espontáneo y anónimo, produce la costumbre, donde a ella se le reconoce virtualidad normativa con fuerza de derecho. Mediante esos métodos (caminos) se establecen (es decir se ponen) las normas jurídicas que se llaman entonces derecho positivo.

Que uno y otro sean aptos para el mencionado propósito y en qué medida; que las reglas creadas mediante uno de esos mecanismos preponderen sobre las que derivan del otro, o que la validez de algunas de ellas esté condicionada por la autorización que les confieran las otras, son asuntos contingentes que cada ordenamiento jurídico resuelve soberanamente.

6.2.2. El problema en el derecho colombiano.

El sometimiento de las personas al imperio del derecho, es un supuesto que ni siquiera tiene que estar explícito en el ordenamiento. La Constitución colombiana lo consagra en el artículo 6º, del siguiente modo:

"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Por leyes, parece razonable entender -en ese contexto- todas las normas jurídicas válidamente creadas, sujetas a la Constitución. Y el artículo 230 de la Carta, dispone:

"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".

Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:

"Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (Subraya fuera del texto).

"Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria,

"a falta de legislación positiva". Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación *sub iudice* y aquélla sí lo hace.

6.2.3. La plenitud del orden jurídico.

El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino Carlos Cossio^[2], quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen^[3] en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa -verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

"Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo

más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ópticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta.

6.2.4. La plenitud hermética en el Estado de derecho.

Pero si el juez está avocado a fallar, y además tiene la obligación de hacerlo, ¿cómo lograr, dentro de un Estado de derecho, el objetivo inherente a éste, que no haya conductas oficiales sin soporte normativo y, en consecuencia, que no haya decisiones judiciales arbitrarias?. Cada ordenamiento positivo lo hace a su manera, aunque el derecho comparado muestra significativas similitudes sobre el punto. Lo que sí es claro es que, inescapablemente, en ciertas situaciones límites, un gran margen de arbitrio judicial resulta inevitable.

Compete a la Corte examinar qué mecanismos ha dispuesto el ordenamiento colombiano para conseguir el objetivo enunciado y cómo ha de entenderse su verdadero alcance, muy especialmente a la luz de la Constitución del 91.

6.2.5. El problema, en Colombia a la luz de la Carta vigente.

El artículo 230 de la Carta establece:

"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". (Subrayas de la Corte).

La pregunta que debe absolverse es ésta: ¿derogó la "norma de normas", mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y de inferior rango jurídico?.

Para responder cabalmente a ese interrogante es preciso analizar y precisar el contenido del citado artículo 8°. Vuelve a reproducirse su tenor:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". (Subrayas de la Corte).

A juicio del demandante, al disponer el art. 230 superior que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, y erigir en criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros, a la doctrina y a los principios generales del derecho, derogó al artículo 8°, pues señaló a la ley como única fuente obligatoria. Por la misma razón, anuló entonces el art. 13 de la misma ley (153 de 1887) que consagraba a la costumbre como fuente subsidiaria. Sobre este último punto no hay ya nada que discutir, pues esta Corporación, mediante decisión que hizo tránsito a la cosa juzgada, declaró la

exequibilidad de dicha norma. (Sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994). Se contraerá, pues, la Sala al examen del artículo 8°.

Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquéllas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Cabe preguntar: ¿tenían las tres últimas fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta?. Para absolver tal cuestión es preciso asignar un valor a cada una de esas expresiones.

a) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento *per analogiam* no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución.

b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen^[4] al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ..." (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que se examina -valga la insistencia- es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso *sub judice* no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogia legis*, y se la contrasta con la *analogia juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo^[5] en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés^[6] al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió^[7], al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reducible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "...No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reducible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos^[8], si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la

buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlos, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemo auditur ..." que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación.

Sin duda alguna hay lógica en la ley 153 de 1887, pues sólo agotada la fuente principal autoriza para acudir a la subsidiaria. Por eso el artículo 13 dispuso:

"La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana constituye derecho, a falta de legislación positiva".

Podría discutirse, en teoría, si tal disposición resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla exequible en la citada sentencia C-224 de mayo de 1994. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.

6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la

Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él" Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento - agrega la Corte- por disposición del legislador.

Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Si un juez, en la situación límite antes descrita, recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso *sub judice* su concepción de lo que es la justicia, construyendo a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado. Los artículos 4° y 5° de la ley 153 de 1887 resultan, así, corroborados por la nueva Carta.

Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla.

Así, pues, habrá de declararse la exequibilidad de la norma acusada.

Por lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar exequible el artículo 8° de la ley 153 de 1887.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia No. C-083/95

ORDENAMIENTO JURIDICO-Plenitud hermética (Aclaración de voto)

La plenitud hermética del ordenamiento jurídico es una tesis que podría aceptarse únicamente en términos relativos. La "plenitud" o el "vacío", por ser términos relacionales, no pueden tratarse como cualidades o defectos absolutos del sistema. El

recurso al juez para garantizar la resolución jurídica de las controversias desplaza la pregunta por las características del orden jurídico al problema de su aplicación y, concretamente, al deber de administrar justicia.

JUEZ-Criterios auxiliares (Aclaración de voto)

Interpretado el artículo 230 de la C.P. como una unidad, los jueces no sólo deben atender a la ley o derecho positivo sino precisar su significado en cada situación concreta con apoyo en los criterios auxiliares de su actividad. La solución adecuada que el juez debe encontrar en el ordenamiento jurídico, unido a la sabida complejidad y peculiaridad de la realidad social y de cada situación concreta, exigen permanentemente del derecho y de sus operadores la utilización de criterios valorativos y de ponderación. Sólo así, el mencionado precepto, adquiere relevancia plena como eslabón esencial del propósito constitucional, confiado a los jueces, de realizar sus contenidos sustanciales.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL (Aclaración de voto)

El sentido del término "doctrina constitucional" fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a "norma constitucional" y a "cualificación adicional" efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es "ley", esto es, tiene carácter normativo, o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades.

Ref.: Expediente D-665

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8º de la ley 153 de 1887

Demandante: PABLO ANTONIO BUSTOS SANCHEZ

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Suscribo la sentencia, previas las siguientes precisiones, que con todo respeto, me permito consignar:

1. La plenitud hermética del ordenamiento jurídico es una tesis que podría aceptarse únicamente en términos relativos. La "plenitud" o el "vacío", por ser términos relacionales, no pueden tratarse como cualidades o defectos absolutos del sistema. El recurso al juez para garantizar la resolución jurídica de las controversias desplaza la pregunta por las características del orden jurídico al problema de su aplicación y, concretamente, al deber de administrar justicia.

2. Entre otros aspectos valiosos de la sentencia, es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de la aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. En este sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez

justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado (p.18), es una exigencia que no cabe predicar sólo en el ámbito extrasistemático - cuando el juez ha agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo - sino que rige igualmente en el plano sistemático o intrapositivo.

Considero que el artículo 230 de la C.P., en su sentido más profundo, persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual sólo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular.

Interpretado el artículo 230 de la C.P. como una unidad, los jueces no sólo deben atender a la ley o derecho positivo sino precisar su significado en cada situación concreta con apoyo en los criterios auxiliares de su actividad. La solución adecuada que el juez debe encontrar en el ordenamiento jurídico, unido a la sabida complejidad y peculiaridad de la realidad social y de cada situación concreta, exigen permanentemente del derecho y de sus operadores la utilización de criterios valorativos y de ponderación. Sólo así, el mencionado precepto, adquiere relevancia plena como eslabón esencial del propósito constitucional, confiado a los jueces, de realizar sus contenidos sustanciales.

3. Importante es, igualmente, el reconocimiento de las sentencias de la Corte Constitucional que hacen tránsito a cosa juzgada como fuentes formales del derecho.

Estimo necesario, no obstante, advertir sobre la correcta interpretación del siguiente aparte del fallo: "Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo".

Una lectura descontextualizada y parcial del aparte transcrito podría llevar a la conclusión equivocada de que sólo a falta de ley, el aplicador del derecho estaría obligado a acudir a las normas constitucionales y a la elaboración doctrinaria de la Corte para resolver el caso controvertido. Esta interpretación no es admisible, porque desconoce el valor normativo de la Constitución. En efecto, en ocasiones - piénsese en los derechos de aplicación inmediata (CP art. 85) - la Constitución opera de manera principal y no subsidiaria. Su observancia es, por principio, independiente de la existencia o ausencia de ley. La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta.

El sentido del término "doctrina constitucional" fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a "norma constitucional" y a "cualificación adicional" efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es "ley", esto es, tiene carácter normativo (CP art. 4), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional

vinculan a todas las autoridades (CP art. 243).

Fecha ut supra,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

[1] Introducción al estudio del derecho, Porrúa, 1968.

[2] La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936.

[3] Teoría Pura del Derecho, Eudeba, 1960.

[4] Op. cit.

[5] Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho, Temis, 1993.

[6] Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990.

[7] Principios jurídicos y positivismo jurídico, Abeledo-Perrot, 1970.

[8] El concepto de derecho, Abeledo Perrot, 1965