GASPAR CABALLERO SIERRA
MARCELA ANZOLA GIL

TEORÍA CONSTITUCIONAL



EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

TEORÍA CONSTITUCIONAL

GASPAR CABALLERO SIERRA
MARCELA ANZOLA GIL

TEORÍA CONSTITUCIONAL

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021

© Gaspar Caballero Sierra, Marcela Anzola Gil, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
correo elc.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0066-6
ISBN e-book 978-958-35-1310-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PROEMIO

Los autores hemos querido presentar ante el público esta obra que tal vez lleva el ambicioso título de *Teoría constitucional*, pero que en el fondo no es sino un modesto examen sobre la determinación de la Constitución total del Estado, acudiendo para ello no solo a las propias fuentes del derecho colombiano, sino que con ayuda del derecho comparado, como técnica de investigación, hemos querido explorar el desarrollo actual de la ciencia en una materia que provoca tanto interés, máxime cuando el país ha comenzado a asimilar un nuevo texto constitucional.

No se trata, por tanto, de un simple texto de derecho constitucional, ni de una teoría del Estado constitucional, ni de política constitucional, ni de un constitucionalismo social, sino que partiendo de la realidad del mundo contemporáneo, hemos querido realizar una reflexión sobre los valores jurídicos de la Constitución, frente a las necesidades humanas, a veces con rápidas excursiones en el marco de la filosofía, para comprender con mayores veras lo que es la suprema ley del Estado, como fundamento y límite de todo el entorno jurídico y sus reales perspectivas en un mundo que reclama la libertad, pero con igualdad y seguridad de vida.

Con ese criterio hemos soslayado el análisis de la evolución histórica del derecho constitucional en nuestro medio, que si bien es importante y decisivo para saber cómo se han dado las nuevas realidades institucionales, empero, consideramos que con dicho aporte alargaríamos en demasía el presente estudio, cuando, por otro lado, nuestro interés se dirige a un conocimiento constitucional que inclusive va hasta los textos legales que le dan desarrollo a la Constitución Política de Colombia, con el ambicioso plan, que no ocultamos, de que se tenga un mejor entendimiento y comprensión de la medida de validez del ordenamiento jurídico colombiano. Por ello, contemplamos facetas antes no analizadas sobre las fuentes del derecho constitucional y de la Constitución misma, pero que de veras impriman un verdadero sello sobre el poder institucional supremo del Estado con relación a los particulares, y por eso encontramos que tanto la costumbre, como la jurisprudencia constitucional, y la misma interpretación constitucional siempre deben acompañar al derecho constitucional escrito.

No quisimos en ese orden de ideas dejar por fuera lo que en el derecho constitucional moderno se llama la *constitución económica*, que precisamente encara la problemática social y económica de los pueblos, con un sentido de regulación suprema en la búsqueda de la solución de las acuciantes necesidades del hombre de hoy, dentro de un contexto jurídico que ya no emana del decimonónico concepto del Estado liberal del derecho, sino de la nueva concepción del Estado de bienestar, del Estado social de derecho, pero también apuntando sobre las críticas que ya llueven sobre estas novísimas nociones, que a veces se quedan cortas frente a la ineficiente y burocrática actividad del Estado, que precisamente hoy necesita ser rediseñado.

En ese orden de ideas, no en vano dejamos de aludir a los conceptos modernos sobre derechos humanos, como a la internacionalización del tema, que precisamente relacionan cada vez más el derecho internacional con el derecho constitucional, abriéndose de ahora en adelante un campo propicio para la investigación y el estudio de esquemas primordiales, que en el futuro habrán de signar los fundamentos necesarios para la mejor calidad de vida, a que alude nuestra Carta, dentro de los ámbitos de un régimen de libertades políticas, económicas, sociales, más próximas al bien común en su sentido concreto que a los anticuados estereotipos teóricos –letras muertas– de las llamadas prerrogativas ciudadanas.

En el estudio que hoy entregamos a la consideración pública, no podemos olvidar la ingente o inteligente labor de la Corte Constitucional en materia de aplicación, alcance, entendimiento e interpretación de la nueva Carta Política, y precisamente por ello no simplemente nos limitamos a señalar referencias de sentencias constitucionales, sino que, en muchas ocasiones, las transcribimos textualmente para que así los estudiosos puedan saborearlas mejor, dentro de los distintos moldes teóricos que en este libro se precisan. La jurisprudencia constitucional encarna hoy en día, y no lo decimos nosotros, sino todos los doctrinantes extranjeros sobre la materia, una fuente constitucional de viva importancia para la precisión teórica y, además, práctica, de todo el ordenamiento jurídico del Estado, como un faro de luz para el progreso científico-constitucional, cuya demanda es inquietante en los albores del siglo XXI.

Consideramos importante explicar que el título del libro corresponde a lo que de manera sencilla, y sin alardes de sabiduría, queremos detallar como aspectos esenciales de la moderna ciencia del derecho de la Constitución, puesto que no nos limitamos al mero derecho contenido en la Constitución, sino también a aquellas materias que íntimamente se le relacionan, como quiera que han encontrado su desarrollo en otras áreas del saber jurídico, todo esto con un sentido de precisión de ideas y principios, que lleven a ofrecer un conocimiento global del moderno constitucionalismo. Por ello quisimos relievar lo que dentro de este pensamiento significa el llamado bloque de constitucionalidad a que tanto aluden los europeos.

Nos llamó la atención el título escogido para esta obra por lo que dijera Mario de la Cueva en su maravilloso libro intitulado *Teoría de la Constitución*: "Fatigados los politólogos y juristas de las especulaciones de la filosofía política y jurídica que nos legaron los pensadores de la Grecia antigua, los teólogos medievales, los maestros del iusnaturalismo de la Edad Moderna, particularmente los del siglo de las luces y los neohegelianos del siglo XIX, deslumbrados por el progreso colosal de las ciencias naturales y bajo la influencia del positivismo difundido en toda Europa, principiaron a buscar las bases de nuevas disciplinas que explicaran en forma científica los fenómenos del derecho y del Estado". En tal orden de ideas, así como se cuajan una teoría general del Estado, una teoría general del derecho, una teoría general del derecho público, pretendemos que se progrese en lo que ya alguien denominó en el viejo continente como teoría constitucional.

Encontrándose este libro en proceso de impresión, se expidió la ley estatutaria de la administración de justicia, razón por la cual se ha considerado de importancia hacer una breve mención de ella, no obstante encontrarse aún para la revisión de la Corte Constitucional.

La ley se encuentra dividida en seis títulos: Principios de la administración de justicia; Estructura general de la administración de justicia; Corporaciones y despachos judiciales; Administración, gestión y control de la rama judicial; Política criminal y Recursos humanos de la rama judicial. Cabe resaltar la creación de los jueces administrativos, como una modalidad exótica en una jurisdicción que tradicionalmente ha actuado de una manera colegiada. En lo que respecta a la jurisdicción constitucional ejercida por el Consejo de Estado, se prescribe que respecto a las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de ciertos decretos dictados por el gobierno nacional, se tramitarán con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de exequibilidad, o sea, que no es dable en tal evento acudir al Código Contencioso Administrativo, sino a las prescripciones del decreto 2067 de 1991. Como aspecto novedoso se consagra legislativamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por acción o por omisión de sus agentes, y, por ende, responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional, y por la privación injusta de la libertad.

No cabe duda que la Constitución tiene un valor jurídico y un valor político, y su máximo intérprete lo es la Corte Constitucional, como es apenas razonable. Ya de antaño CH. E. HUGHES dijo: "Vivimos bajo una Constitución, mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es". Empero, da la idea que nuestro legislador le temiese a tan importante facultad jurisdiccional, cuando en el art. 48 de la referida ley, al precisar los alcances de las sentencias en el ejercicio del control jurisdiccional, y luego de señalar que la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general, agrega lo siguiente: "Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso tiene carácter obligatorio general". La norma no distingue, pero baste recordar que en materia de interpretación, el Congreso solo puede interpretar las leyes, mas no la Constitución (art. 150 num. 1). Pero indudablemente se interpreta la Constitución cuando la Corte Constitucional dentro de su poderoso control sobre las leyes, señala su conformidad o inconformidad con el texto normativo supremo. Sobre este particular cabe señalar que el problema cardinal de la interpretación constitucional tiene que verse como un fenómeno jurídico, y por ello señala el profesor alemán HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 11 ed., págs. 20-21), que solo puede hablarse de dicha interpretación constitucional "cuando debe darse contestación a una pregunta de derecho constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara".

Santa Fe de Bogotá, junio de 1995

Gaspar Caballero Sierra
Ex-presidente del Consejo de Estado
Conjuez de la Corte Constitucional

Marcela Anzola Gil
LL. M. (Heidelberg - R.F.A.)
Especializada en derecho público comparado (Turín-Italia)

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCIÓN

PÁG.

1. Concepto 3
2. La Constitución como norma suprema 4
3. Supremacía constitucional y Constitución escrita 5
4. Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material 6
5. Constitución y ordenamiento jurídico 6
6. La Constitución como objeto de la teoría política y del derecho constitucional 8
7. La Constitución como programa. La llamada realidad constitucional y el desarrollo de la Constitución 10
8. Constitución y legitimidad del ordenamiento jurídico 11

CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Teoría de las fuentes del derecho 13
2. La teoría de las fuentes y el derecho público 16
3. La teoría de las fuentes en la actualidad 17
4. Delimitación conceptual. Equivocidad del término 19
5. Fuentes de la Constitución y del derecho constitucional 20
   - A) Doctrina constitucional 21
   - B) Precedentes judiciales y sentencias de la Corte Constitucional 23
   - C) Principios generales del derecho 27
   - D) Derecho internacional 29
   - E) Leyes constitucionales, leyes orgánicas y estatutarias 30
     - a) Leyes orgánicas 31
     - b) Leyes estatutarias 33
   - F) Costumbre 34
6. Las fuentes del derecho y la teoría de la Constitución 36

Capítulo III

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

PÁG.

1. Normas orgánicas y dogmáticas 41
2. Normas programáticas 44
3. Preámbulo de la Constitución 45
4. Tipos de normas 47
   A) Normas estructurales 47
   B) Normas de competencia 48
   C) Normas procesales 48
   D) Normas de principios 48

Capítulo IV

INTERPRETACIÓN

1. Significado de la interpretación constitucional 51
2. Las reglas de interpretación constitucional 53
   A) Interpretación gramatical 53
   B) Interpretación sistemática 53
   C) Interpretación teleológica 54
   D) Interpretación histórica 55
3. Interpretación de los derechos humanos 56
4. La interpretación de las normas económicas de la Constitución 62
5. Leyes interpretativas de la Constitución 64
6. El bloque de constitucionalidad 66

Capítulo V

LA CONSTITUCIÓN, SU APLICACIÓN Y SU ÁMBITO DE VALIDEZ

1. Aplicación de la Constitución 73
2. Aplicación interna de la Constitución 73
3. La Constitución y el ordenamiento internacional 74
   A) Los tratados en el orden interno: validez y eficacia 74
   B) Constitucionalización del derecho internacional 75
      a) Concepto de soberanía nacional y el principio de autodeterminación de los pueblos 75
      b) Integración económica (Pacto Andino, G3, GATT, ALADI) 79
      c) Tratados sobre derechos humanos 83

PARTE SEGUNDA

FUNDAMENTOS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

CAPÍTULO II

REPÚBLICA UNITARIA

PÁG.

1. Conceptos generales 98
   A) La autarquía 103
   B) La autonomía 104
   C) La centralización y la descentralización 107
2. Atributos de las entidades territoriales 110
   A) Gobernarse por autoridades propias 110
   B) Ejercer las competencias que les corresponden 111
   C) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones 114
      a) Administración de recursos 114
      b) Establecimiento de tributos 114
   D) Participar en las rentas nacionales 115
      a) Situado fiscal 116
      b) Transferencias a los municipios 116
3. Organización territorial 117
   A) Regiones administrativas y de planificación 117
   B) Departamentos 118
   C) Provincias 120
   D) Distritos 120
   E) Municipios 122
   F) Entidades territoriales indígenas 124
4. Otras formas de organización territorial 125
   A) Áreas metropolitanas 125
   B) Asociación de municipios 127
   C) Cooperación internacional de los municipios 129
   D) Comunidades negras 132

CAPÍTULO III

LA DEMOCRACIA

1. Concepto de democracia 135

PÁG.

2. Democracia participativa 138
A) Elecciones y revocatorias del mandato 140
a) Elecciones 140
b) Revocatoria del mandato 141
B) Libertad de expresión 144
3. Libertad de asociación y reunión: partidos políticos, asociación sindical, cabildo abierto y organizaciones civiles 145
A) Partidos políticos 146
B) Asociaciones sindicales 148
C) Cabildo abierto 150
D) Organizaciones civiles y veedurías ciudadanas 152
4. Derecho de petición e iniciativa 154
A) Derecho de petición 154
B) Iniciativas 155
a) Iniciativa legislativa 155
b) Iniciativa de acuerdos y ordenanzas 155
5. Consultas: Plebiscito, referéndum consultivo y referendo 158
A) Plebiscito 160
B) Consulta popular o referendo consultivo 161
C) Referendo 163

Parte tercera

FUNDAMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL

Capítulo I

DERECHOS HUMANOS

1. Derechos y garantías 169
A) Ámbito internacional de los derechos humanos 170
B) Ámbito interno de los derechos humanos 174
C) Categorías 177
a) Derechos de status negativo 178
b) Derechos de status positivo 190
c) Derechos de status activo (derechos políticos) 192
2. Protección de los derechos humanos 193
A) Defensor del pueblo 193
B) La acción de tutela 195

PÁG.

a) Aspectos generales 195
b) Finalidad de la acción de tutela 195
c) Sujetos de la acción de tutela 195
d) Procedencia de la acción de tutela 197
e) Tutela como mecanismo transitorio 198
f) Trámite de la acción de tutela 199
C) Las acciones populares 201
D) Acción de cumplimiento 203
E) Habeas corpus 204

Capítulo II

ÓRGANOS Y COMPETENCIA

1. División del poder 205
2. Rama legislativa 209
A) Aspectos generales 209
B) Senado de la República 211
C) Cámara de Representantes 212
D) Facultades generales de cada cámara 212
E) Comisiones de las cámaras 212
F) Función legislativa 214
a) Clases de leyes 217
b) Formación de las leyes 219
G) Quórum y mayorías decisorias 221
3. Rama ejecutiva 223
A) Aspectos generales 223
B) Presidente de la República 223
C) Vicepresidente 229
D) Ministros y directores de departamentos administrativos 229
E) Gobierno 230
F) Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado 230
4. Rama jurisdiccional 231
A) Corte Suprema de Justicia 232
B) Consejo de Estado 233
C) Corte Constitucional 235
D) Fiscalía General de la Nación 236
E) Consejo Superior de la Judicatura 238
5. Organización electoral 239
A) Consejo Nacional Electoral 239
B) Registrador nacional del estado civil 240

PARTE CUARTA

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA O EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

CAPÍTULO I

SISTEMA ECONÓMICO CONSTITUCIONALIZADO

CAPÍTULO II

EL BIEN COMÚN, EL INTERÉS GENERAL Y LA CALIDAD DE VIDA COMO CONCEPTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

PÁG.

1. Calidad de vida 247
2. Bien común 248
3. Interés general 250

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SUS OBJETIVOS

CAPÍTULO IV

LA INICIATIVA PRIVADA Y SUS LIMITACIONES

CAPÍTULO V

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

CAPÍTULO VI

EL ESTADO EMPRESARIO

1. El sector público en una economía de mercado 264
2. El sector público frente al sector privado 265
3. Papel del Estado empresario. El “holding” público 271

Capítulo VII

EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD Y LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

PÁG.

1. Definición y conceptos generales de la propiedad 275
2. La propiedad: Función social 279
3. Propiedad-derecho 283
4. Límites a la propiedad 285
   A) Primacía del interés general sobre el particular 285
   B) Función ecológica 286
   C) Expropiación, confiscación y nacionalización 287
      a) Expropiación 287
      b) Expropiación sin indemnización, confiscación y nacionalización .. 293
      c) Expropiación patrimonial a extranjeros y tratados de protección a los inversionistas exranjeros 296
5. Tipos de propiedad previstos en la Carta 298
   A) Propiedad estatal 299
   B) Propiedad privada 299
   C) Propiedad colectiva 302
   D) Democratización de la propiedad 304

Capítulo VIII

MONOPOLIO ESTATAL Y RESERVA ESTATAL

Capítulo IX

LA PLANIFICACIÓN ECONÓMICA

Capítulo X

HACIENDA PÚBLICA

1. Gasto público 320
2. Recursos públicos 321
   A) Ingresos de derecho privado 322
      a) Precio 322
      b) Recursos patrimoniales 322
   B) Ingresos de derecho público 323
      a) Contribuciones 323
      b) Empréstito 325
      c) Emisiones monetarias 326
3. Presupuesto 327

CAPÍTULO XI

LOS SERVICIOS PÚBLICOS
Y LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO

CAPÍTULO XII

BANCA CENTRAL Y SISTEMA MONETARIO

PÁG.

1. El Banco de la República 338
2. Sistema monetario 340

PARTE QUINTA

PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN
DE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

ÓRGANOS Y MECANISMOS DE CONTROL
DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

Sec. I. *Control político, fiscal y administrativo*

1. Control político 347
   A) Control parlamentario 347
      a) Citaciones a los ministros 348
      b) Moción de censura 348
      c) Citación de personas naturales o jurídicas 349
      d) Función judicial del Senado (*Impeachment*) 350
   B) Control sobre el Parlamento y pérdida de investidura de los congresistas 350
2. Control administrativo 351
   A) Control fiscal 351
   B) Control interno 355
   C) Control disciplinario 357
      a) Prohibición de nombrar personas con las cuales exista parentesco 357
      b) Prohibición de participar en política 357
      c) Prohibición de aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos 358
      d) Incompatibilidad para celebrar contratos 358
      e) Incompatibilidad para percibir más de una asignación del tesoro público 358

Sec. II. *Control de constitucionalidad y de legalidad*

PÁG.

1. Consideraciones generales 359
2. Derecho procesal constitucional 362
   A) Derecho constitucional y proceso 362
   B) Naturaleza de la jurisdicción constitucional 366
   C) El control difuso y concentrado de la Constitución 367
3. Proceso de constitucionalidad 369
   A) Control previo 369
      a) Control previo general 369
      b) Control previo especial 371
   B) Control posterior 374
      a) Control automático 374
      b) Acción de inconstitucionalidad 379
      c) Acciones de inconstitucionalidad 381
      d) Trámite de la acción de inconstitucionalidad 383
      e) Inconstitucionalidad por omisión 389
      f) Efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional 390
      g) La jurisdicción constitucional del Consejo de Estado: acción de nulidad 394
3. Excepción de inconstitucionalidad 395

Capítulo II

REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Constituciones rígidas y flexibles 397
2. Poder constituyente y poder constituido 398
3. Reforma de la Constitución 403

Capítulo III

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. Estado de guerra exterior 406
2. Estado de conmoción interior 409
3. Estado de emergencia 411

Capítulo IV

LA FUERZA PÚBLICA

Índice de autores 421
Índice de disposiciones 425
Índice de materias 431

Parte primera

LA CONSTITUCIÓN

Capítulo I

CONCEPTO Y PARTICULARIDADES DE LA CONSTITUCIÓN

1. Concepto

Las democracias modernas encuentran su fundamento en una norma suprema, legítimamente instituida, que fundamenta el ejercicio del poder estatal y actúa como marco de referencia y directriz del mismo[1].

La definición y concepto de esta norma suprema ha ocupado profusamente desde su aparición en el mundo jurídico, a quienes se interesan en el derecho público, como quiera que el concepto no es unívoco, constituyéndose así en uno de los problemas más espinosos de la ciencia jurídica[2]. En Occidente se ha denominado esta norma suprema acudiendo al término latino *constitutione*, casi de manera idéntica: *constitution* (inglés), *constitution* (francés), *costituzione* (italiano), *Constitución* (español) y *Verfassung* (alemán), este último, con el mismo significado atribuido por el concepto latino, pero haciendo uso de la expresión germana.

En el lenguaje jurídico romano se usaba el término Constitución para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *costitutionis principis* hacía referencia a los actos normativos del Emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos. Análogo uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontificie e sinodali*, revestidas también de una importancia superior al de las otras normas. Cicerón habla de *constitutio populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Este mismo término se encuentra en el medioevo, por ejemplo, en Marsilio de Padova y otros autores que emplean la expresión *constitutio republicae*, en el sentido de estructura política fundamental. Finalmente el término "Constitución" en el sentido de "acto solemne determinador de la estructura fundamental y del poder organizado en el ámbito de una sociedad estatal", se usa por primera vez para designar la Carta Política Norteamericana de 1786[3].

[1] Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 11ª ed., Tübingen, 1988, pág. 5.

[2] Ver al respecto: Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrecht. Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977, págs. 83 y ss.

[3] C. Lavagna, *Istituzioni di diritto publico,* Torino, 1982, págs. 182 y ss.

La Constitución, como todo acto jurídico puede ser definido desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material. Desde el punto de vista material la Constitución es el conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal. Desde el punto de vista formal la Constitución se define a partir de los órganos y procedimientos que intervienen en su adopción, de ahí se genera una de sus características principales: su supremacía sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico[4].

El término Constitución, en sentido jurídico[5], hace referencia al conjunto de normas jurídicas, escritas y no escritas, que determinan el ordenamiento jurídico de un Estado, especialmente, la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social y, los deberes y derechos de los nacionales[6].

2. La Constitución como norma suprema

Si se parte de un concepto básico de los ordenamientos jurídicos, podemos distinguir entre creación y aplicación de normas, como también la atribución de la función creadora de normas a uno o varios órganos que ocupan un lugar de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan esa función de una manera permanente. El primer presupuesto de la Constitución es la existencia de la función legisladora o de creación de normas. Al establecerse en el ordenamiento una norma suprema como es la Constitución, significa que esa función legislativa queda sujeta a normas que son el presupuesto para su validez.

El concepto de Constitución como norma suprema requiere una determinada estructura del ordenamiento, aun cuando históricamente se sabe que no todo ordenamiento tiene una Constitución. Se ha dicho que no hay Constitución cuando creación y aplicación están aún unidas, por ejemplo en los sistemas de derecho judicial[7].

La teoría jurídica siempre identifica una norma básica, una norma fundamental del ordenamiento, que si no está expresamente formulada no tiene el carácter de Constitución en el sentido que la ciencia jurídica le ha atribuido a este término, puesto que no implicaría una norma de derecho positivo.

La Constitución se identifica por una relación que se da en el plano legislativo, respecto a la elaboración normativa. En síntesis, la Constitución es el conjunto de preceptos positivos que supeditan la creación de normas por parte de los órganos superiores del Estado.

[4] Yves Guchet, *Élements de droit constitutionnel,* París, 1981, págs. 90-91.

[5] Cfr.: Peter Badura, *Staatsrechts*, München, 1986, pág. 6.

[6] Carl Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 11ª ed., München, 1992.

[7] Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del derecho*, t. I, Madrid, 1971, págs. 59 y ss.

En este orden de ideas, la Constitución colombiana se autodefine en su art. 4º como *"norma de normas"*, indicando que la Constitución está sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; esto es, se encuentra en posición de supremacía respecto de las restantes normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, la Constitución, de acuerdo con la Corte Constitucional[8], "(...) determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos —Congreso, ejecutivo y jueces— se identifica con relación a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de conocimiento del orden jurídico, propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del art. 4º citado: " en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

La norma suprema actúa, así mismo, como elemento garantizador de su propia conservación y observancia. La garantía de la conservación se fundamenta básicamente en disposiciones explícitas y directas, que se distinguen según se dirijan a mantener los aspectos materiales o formales de la Constitución (la modificación de la misma). La garantía de la observancia (competencias), de otra parte, comprende los medios dirigidos a asegurar el cumplimiento de las diversas normas constitucionales y a evitar la violación de las mismas[9], lo que en últimas constituye y fundamenta el Estado de derecho.

3. Supremacía constitucional y Constitución escrita

La función legisladora, dependiente de normas escritas superiores, no se cumple con la simple existencia de una Constitución escrita que regule la estructura y funcionamiento de las distintas ramas y órganos del Estado. El establecimiento de una norma suprema, por encima de los organismos superiores del Estado se hace por medio de un texto escrito, la llamada Constitución escrita. Pero solo hay Constitución como norma, cuando el mismo ordenamiento establece de manera definitoria que los preceptos constitucionales son de estricto cumplimiento y, por ende, que su infracción resulta antijurídica. Solo así se puede sostener que existe una Constitución

[8] Corte Constitucional, sent. T-006 de 12.05.1992.

[9] C. Lavagna, *Istituzioni di diritto publico*, Torino, 1982, págs. 518 a 524.

como norma suprema. La existencia de una Constitución escrita implica el establecimiento de una norma suprema en el ordenamiento y es la simple forma constitucional la que lleva la supremacía. Por tanto, todo lo que esté incluido o se incluya en el futuro tiene esa cualidad de supremacía.

4. Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material

La circunstancia de que en Europa solo hasta principios del siglo XX se haya forjado la idea de una norma suprema y de una Constitución escrita, ha llevado a no tenerse un concepto unitario de la misma. La posibilidad de hablar de un "Estado constitucional sin Constitución" ha impuesto una concepción dualista que distingue entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material.

La expresión Constitución en sentido formal alude a los textos que se diferencian de las leyes solo por su nombre, y porque su aprobación y reforma se sujeta a especiales requisitos. En cambio la expresión Constitución en sentido material se refiere al conjunto de disposiciones que tienen por objeto la organización del Estado, las facultades de las diferentes ramas del poder público y de los órganos que las integran, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los particulares, las competencias asignadas a los más importantes funcionarios del Estado y las referentes a la creación de normas por los órganos superiores del Estado. A partir de esa diferencia es posible llegar a sostener que algunas normas son solo formalmente constitucionales, por lo que están incorporadas en la Constitución, pero que bien pudieran estar contenidas en la misma ley, tal como acontece con muchos preceptos de la Constitución de 1991, como aquellas normas que nada tienen que ver con la materia estrictamente constitucional, por lo que resultan formalmente constitucionales.

La distinción anterior puede llegar a tener algún valor para identificar el objeto científico o académico del derecho constitucional, que desde luego no estudia por igual todos los preceptos constitucionales, como aquellos que inciden en el derecho civil, penal, laboral, comercial o cualquier otro sector del saber jurídico.

5. Constitución y ordenamiento jurídico

Dentro de la teoría institucionalista de Santi Romano, el ordenamiento jurídico no es un simple agregado de normas, sino por el contrario implica un concepto unitario en sí mismo considerado, que no se logra con la sola abstracción científica y que debe obedecer a unos criterios objetivos, concretos y efectivos. El ordenamiento jurídico en cuanto unidad, significa algo distinto de los elementos singulares que llegan a integrarlo, y por consiguiente, no es posible elaborar un concepto adecuado de norma, si de antemano no se dilucida el concepto referido. En síntesis, el ordenamiento jurídico

puede considerarse como un conjunto armónico y coherente de normas, que a su vez lo determinan.

La teoría institucionalista se contrapone en cierta forma a la teoría normativista de KELSEN. En todo caso los institucionalistas identifican el ordenamiento con la institución, mientras que los normativistas lo identifican con las normas. El institucionalismo implica una amplia concepción que abre sus brazos a instituciones sociales desligadas del Estado y a la creación autónoma del derecho que comienza a darse tras la crisis del Estado liberal. Hoy en día existe la tendencia a no identificar las normas con el derecho estatal, lo cual significa que el Estado no es el único ente productor de normas, tal como acontece con las condiciones generales de contratación, que los estudiosos del derecho estiman como una fuente del mismo. Pero en todo caso es el Estado el que determina los procedimientos y los medios a través de los cuales se pueden producir normas.

La teoría de las fuentes, que se estudiará más adelante, viene a significar la disciplina que tiene por objeto el análisis de los procedimientos de producción normativa, que indudablemente deben estar enunciados básicamente en la Constitución. Es así como el art. 4º de la Const. Pol., como ya se anotó, alude a la incompatibilidad entre la Constitución y la ley "u otra norma jurídica", queriendo suscitar la idea de que existen otras normas formal y materialmente distintas del propio ordenamiento estatal.

El ordenamiento jurídico se ha contemplado como un sistema normativo, pero debidamente integrado, ordenado y sistemático que obedece a principios y valores que surgen a su vez del entendimiento e interpretación adecuado de los propios preceptos. Las relaciones jurídicas y las instituciones hacen parte del ordenamiento jurídico. La diversidad de enfoques que suministre el material jurídico hace necesario para su mejor conocimiento que sea abordado por la respectiva disciplina, con sus propios métodos.

El universalismo jurídico, propugna la existencia de un único ordenamiento (el derecho romano, el derecho natural), con expresión en distintos órdenes particulares. Pero esta ideología resulta desbordada al afirmarse el carácter nacional del derecho, como expresión del espíritu del pueblo en un determinado conglomerado social. Por otro lado, el positivismo afirma la existencia exclusiva del derecho positivo, o sea, el emanado del Estado mismo. De allí se va al pluralismo de ordenamientos soberanos. Así mismo, con la teoría institucionalista se llega a una diversidad de ordenamientos estatales, como aquellos que existen sobre el Estado (derecho internacional y derecho comunitario) o bajo el Estado (derecho regional, municipal o comunal, etc.) y también, al lado del Estado. En todo caso una de las virtudes de la teoría institucionalista es la de quebrantar en el plano del análisis jurídico, la identidad entre derecho y Estado, y también entre derecho y ley. Identidades ellas provenientes del sistema liberal. Así tenemos que frente al aparato del Estado, frente a la ley, surgen otras formas de producción jurídica que impone el desarrollo social y comunitario, lo cual abre las puertas a la pluralidad de ordenamientos. Esa diversidad necesariamente lleva a

articular esos diversos ordenamientos dentro de un sistema jurídico que pretenda mantener el principio de la seguridad. No importa ahora señalar la diferencia que un determinado ordenamiento pueda tener con la eficacia de otro. Naturalmente que el ordenamiento estatal continúa siendo el centro de imputación de las diversas relaciones que pueden producirse; pero el ordenamiento internacional se puede considerar como superior al estatal, sin olvidar que los ordenamientos estatales constituyen a la vez presupuesto básico para la existencia del derecho internacional. El orden estatal, por el contrario, no depende en cuanto concierne a su validez de otros ordenamientos. Sin embargo, es posible que con el paso de los años pueda hablarse de un orden jurídico internacional como fundamento de los ordenamientos estatales, como ocurre en los países que conforman la Unión Europea[10].

En definitiva, el ordenamiento constitucional es el que determina la validez de los ordenamientos internos. En el nuevo Estado constitucional de derecho, el orden constitucional es el centro de imputación de todas las relaciones de los diferentes ordenamientos que se producen dentro de aquel. La relación entre el orden estatal y los diferentes ordenamientos adquiere distinto significado según las características propias de cada uno de estos. En los estados federales y regionales la propia Constitución determina la formación de ordenamientos en que la ley no tiene cabida. En esos casos en que se establecen ordenamientos territoriales distintos, es posible establecer la diferencia entre el ordenamiento general del Estado de estirpe constitucional y el ordenamiento de cada uno de los entes federados o autonómicos. Como también del ordenamiento general con la misma Constitución.

El ordenamiento constitucional, en un sentido amplio, incluye todas las normas que tienen vigencia dentro del Estado y que han sido expedidas de conformidad con la Constitución, y que por consiguiente, acoge a todos los ordenamientos parciales, tanto la general del Estado como a los territoriales e institucionales. Del ordenamiento constitucional se desprende la validez de los ordenamientos territoriales y del ordenamiento general del Estado. En cuanto al ordenamiento estatal general, el derecho estatal no puede confundirse con el ordenamiento constitucional, ya que aquel es solo una parte del mismo, y por ello debe plantearse la relación entre uno y otro en términos de validez y legitimidad.

6. La Constitución como objeto de la teoría política y del derecho constitucional

Al definirse la Constitución como norma suprema se hace una afirmación respecto a su validez dentro de todo el ordenamiento jurídico, pero

[10] Ver al respecto el artículo B (Fines de la Unión) del Tratado de Maastricht de 07.02. 1992.

también respecto de ella se tiene en cuenta la función de sus propias normas. La Constitución no existe solamente para asegurar la libertad de las personas, y es por ello que el preámbulo de la Const. Pol. proclama otras finalidades políticas e ideológicas al hablar del fortalecimiento de la unidad de la nación para 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. En términos abstractos, como se puede ver, se proclama como finalidad un orden político, económico y social justo, puesto que así se asegura indudablemente un elemento de estabilidad en la dinámica política para el fortalecimiento de la unidad nacional. La función de la Constitución está allí presente, puesto que ha de concebírsele como un programa para el poder público.

Con estos supuestos debe interpretarse la sujeción a una norma suprema, y mas allá del contenido que esa subordinación tiene —mandar, prohibir y permitir—, ha de preguntarse por el sentido y orientación de sus particulares mandatos. Con tal punto de vista se elabora un concepto de Constitución para poder determinar el contenido concreto de la particular regulación, y también para interpretarla en su verdadero sentido.

El anterior núcleo funcional se encuentra en el centro del debate político, y por tal motivo la Constitución se convierte en objeto de estudio de la teoría política. Hasta finales del siglo XIX las constituciones no eran objeto de un tratamiento jurídico, sino de estudio de la teoría política en sus diversas modalidades. Pero la posterior consideración jurídica del momento sigue presidida, con la sola excepción del positivismo, por consideraciones propias de la teoría política, y que por supuesto le da a los estudios del derecho constitucional un matiz considerablemente distinto a lo que acontece con las restantes ramas del derecho. Lo anteriormente dicho ha llevado a que al derecho político se le considere como algo consustancial con el saber jurídico de la Constitución.

Entre nosotros la Constitución del año 1991, aparece como una norma jurídica que regula las diferentes ramas del poder público, desde una perspectiva eminentemente iuspublicista, y determinando que la eficacia jurídica de esa norma se hace patente a través de la jurisdicción constitucional. La Constitución, pues, se ha juridificado y judicializado, por lo cual ya cabe una diferenciación exacta entre la teoría política de la Constitución y el derecho constitucional, con su propia dogmática. En Colombia la Corte Constitucional ejerce ya el control previo de constitucionalidad para la expedición de determinadas leyes (estatutarias)[11]. Cuando la Constitución es judicialmente eficaz, ya no puede mirársele con los criterios propios de los años veinte (SCHMITT, por ejemplo), como quiera que sí es objeto de una elaboración

[11] Ver al respecto en la Parte quinta de esta obra.

dogmática se está determinando nada menos que el criterio que ha de utilizar la Corte Constitucional frente al legislador.

Los conceptos señalados antes deben presidir la correcta interpretación de la Constitución y también deben servir para teorizar sobre su debida función. No puede entenderse la Constitución en el sentido de que su carácter normativo resulte ilusorio.

7. La Constitución como programa. La llamada realidad constitucional y el desarrollo de la Constitución

La circunstancia de que la Constitución entre a fijar de una manera imperativa una serie de objetivos, ha llevado a entender lo que es la correcta función del texto constitucional. El orden social ya no se observa desde el punto de vista del Estado abstencionista, sino de algo cuya creación o conservación es responsable el Estado mismo, por lo que tiene que verse la Constitución en todo su conjunto como una predeterminación del orden social. La Constitución como norma jurídica fundamental, en cuanto regula la creación jurídica misma, contiene, además, normas jurídicas básicas para los diversos sectores de la vida social y política, que constituyen un verdadero programa acerca del modelo de la sociedad. Desde esta perspectiva se encuentra un diseño básico del orden económico, que viene a denominarse como "Constitución económica" [12] y "Constitución social" . La Constitución no se limita ya a señalarle simplemente al poder público los límites de su acción y de sus competencias, sino que además le impone el deber positivo de crear un orden político, social y económico. La Constitución se transforma en un verdadero programa , y la actividad del legislador ya no implica una acción política libre, sino que por el contrario debe configurar un desarrollo del programa constitucional. Como anota Ignacio de Otto[13], "la Constitución ya no incorpora solo la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer". La Constitución, en sentido material, en cuanto hace efectiva la configuración del régimen y en donde se encuentra la base de la sociedad, mas no la Constitución en sentido formal, es la que constituye el verdadero orden jurídico del Estado.

Muchas veces se habla de una discrepancia entre "Constitución" y "realidad constitucional" , no en el sentido de las infracciones a los textos constitucionales , sino para señalar la ausencia de una realidad política y social que la misma Constitución exige. La débil vida de los partidos políticos y de los sindicatos, en el caso colombiano, como la pobreza con que se examinan en algunas ocasiones las cuestiones públicas, se encuentran en contraste con el mandato constitucional. La disminución del papel del Congreso, como consecuencia del dominio de las mayorías absolutas, significa

[12] Ver al respecto en la Parte cuarta de esta obra.

[13] Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, 1991, pág. 44.

una incoherencia entre la realidad constitucional y la norma constitucional que reclama que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista (Const. Pol., art. 1º).

Las constituciones modernas calan tan profundamente en la conciencia jurídica, social y política, que se hace sentir en la labor legislativa. Se nota ello en los trabajos doctrinales en los que el examen de una situación jurídica se encabeza con la exposición de los preceptos constitucionales correspondientes, considerándolos como el núcleo de la disciplina en estudio.

8. Constitución y legitimidad del ordenamiento jurídico

La efectividad de la norma suprema se fundamenta en la legitimidad de la misma, esto es, en su reconocimiento, aceptación y acatamiento por parte de la sociedad civil. Esta legitimidad, encuentra su fundamento en la sanción de la Constitución, así como en la elección de los representantes populares, previstos en ella.

En este sentido, una primera forma de legitimación del orden jurídico se encuentra en el ejercicio del poder constituyente, comprendido este como la facultad que tiene todo pueblo de darse una Constitución, de modificarla o derogarla cuando lo considere necesario, con base en la soberanía de que goza.

No obstante lo anterior, algunos autores[14] sostienen que dicho poder solo existe cuando hay una ruptura con la anterior Constitución, cuando el camino o vía para reformar la Constitución es diverso al previsto en esta, o cuando estamos frente a la creación de un nuevo Estado, excluyendo, por consiguiente, de dicho poder constituyente la facultad que tiene el pueblo para modificar la norma suprema. Esto implica que las modificaciones constitucionales realizadas dentro del marco previsto en la misma serían un ejercicio del poder constituido, aun en los casos que dicha reforma sea realizada directamente por el pueblo.

En el caso de la actual Constitución colombiana, por ejemplo, se observa, que esta fue expedida en ejercicio del poder constituyente, como quiera que fue proyectada y sancionada por una asamblea elegida popularmente[15], apartándose de las previsiones sobre reforma constitucional previstas en el art. 218 de la Constitución de 1886. Proceso que se puede tildar de "revolucionario"[16] y de verdadero ejercicio del poder constituyente, como quiera que se trata en realidad de la derogatoria del ordenamiento jurídico previsto en la anterior Constitución, para establecer uno nuevo. Razón por la cual la Constitución colombiana prevé en su preámbulo que es el pueblo

[14] Udo Steiner, *Verfassunggebung und Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlin, 1966, págs. 23 y ss.

[15] Cfr. Parte quinta de esta obra.

[16] Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Bogotá, 1987, pág. 252.

de Colombia, en ejercicio de su poder soberano (entiéndese aquí constituyente), representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, quien sanciona y promulga la Constitución Política de Colombia.

Se debe resaltar, finalmente, que no obstante el pueblo no haber sancionado directamente la Constitución, esta se entiende de origen popular como quiera que la Asamblea Constituyente, que expidió y sancionó la Constitución, fue elegida en su totalidad por el pueblo.

La segunda forma de legitimación del orden jurídico es la permanente posibilidad que tiene el pueblo de acudir a las urnas ya sea para elegir a sus representantes. En esta segunda forma el pueblo legitima de manera indirecta los actos de los órganos del poder mediante el mandato conferido. Por ejemplo, el art. 133 de la Const. Pol. establece que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y el art. 259 de la Const. Pol. señala que quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato.

Se entiende que cada vez que el pueblo acude a las urnas a elegir a sus representantes está legitimando el sistema hasta ahora existente y por otra parte legitima, *a posteriori,* la actividad estatal. Esto se puede ver claramente con el siguiente ejemplo. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Constitución) fue aprobada por los parlamentos federales (18-20-21 de mayo de 1949), lo que fue considerado por algunos como no válido, argumentando que los parlamentos tenían una facultad limitada y por consiguiente no estaban en capacidad de sancionarla en nombre del pueblo alemán[17]. Este espinoso asunto se solucionó en las elecciones del 14 de agosto del mismo año, cuando el pueblo acudió a elegir los representantes previstos en la Ley Fundamental, reconociéndola y legitimando el orden jurídico allí consagrado.

De lo anteriormente expuesto, es preciso concluir que a través de las elecciones el pueblo ejerce un influjo directo en la formación de la voluntad estatal. Es quizás el único acto en el que la voluntad política del pueblo se traslada a la posición de poder estatal[18].

[17] Reinhard Mubgnug, "Zustandekommen des Grundgesetz und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland", en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Hrsg. Isensee/Kirchhof, BI, Heidelberg, 1987, págs. 249-255.

[18] Hans Meyer, "Demokratische Wahl und Wahlsystem", en *Handbuch des Staatsrechts,* BII, Isensee/Kirchhof, Heidelberg, 1987, pág. 250.

Capítulo II

LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Teoría de las fuentes del derecho

No cabe duda que la expedición de la Constitución Política de 1991 ha significado un cambio radical en muchos aspectos institucionales y organizativos del país, y por ende la problemática de las fuentes del derecho ocupa un lugar de especial importancia si se tiene en cuenta que hoy existe un nuevo concepto de Constitución, en aspectos tales como la primacía del derecho comunitario, la incidencia de la nueva organización territorial del Estado en lo que respecta a nuevas entidades (distritos, territorios indígenas, regiones y provincias), que obviamente significan un cambio radical.

Lo anterior lleva a justificar un capítulo como el de las fuentes del derecho dentro del ámbito del derecho constitucional. Se suele atribuir tanto a Savigny, como a la Escuela Histórica, la configuración de la moderna teoría de las fuentes del derecho. Sin embargo, ya antes, Pothier en el año 1748 utilizó la expresión *fuentes* para referirse a las cuatro maneras como se expresaba el derecho romano. Savigny expuso una teoría conceptual moderna, partiendo de la consideración de las fuentes reales como circunstancias propiciadoras de mandatos jurídicos y como el fundamento o el origen último del derecho. Ya desde entonces comenzó a entenderse el sistema de formulación de reglas jurídicas con su origen primario en el espíritu del pueblo. En todo caso la problemática de las fuentes es una constante en la historia del derecho, porque bien puede decirse que son la expresión de las distintas normativas prevalecientes que un determinado ámbito social y político otorga a los diversos órganos del Estado al momento de producir los cánones jurídicos. La historia del derecho viene en últimas a constituir una historia de las fuentes, o mejor, una historia de las luchas entre las diversas fuentes del derecho[1]. La delimitación de los poderes políticos con significación normativa siempre ha sido una constante histórica, como también la tendencia a establecer una prelación o jerarquía entre las diversas fuentes del derecho y, por consiguiente, entre los distintos órganos del Estado con capacidad jurífera, o de producción de normas, también con aquellos preceptos que según la definición de Ulpiano no son sino la resultante del consentimiento tácito del pueblo, o costumbres, y que en últimas no son sino

[1] E. Paresce, "Fonti del diritto", en *Enciclopedia del diritto*, t. XVII, 1968, pág. 895, n.15.

modelos de conducta establecidos por la misma tradición en el grupo social. Vivir en sociedad significa en todo caso estar sometido a diversas normas jurídicas, con las variadas consecuencias según su incumplimiento y atendiendo la jerarquía establecida entre ellas mismas. La historia del derecho no es sino la historia de sus fuentes y de la lucha o contraposición entre ellas mismas. Ha sido universal la tendencia por establecer una prelación o jerarquía entre las diversas fuentes del derecho. Desde antaño ha venido suscitándose la inquietud por saber con claridad cual es el derecho aplicable a cada situación y fue precisamente dentro del campo del derecho común donde comenzó la tendencia por implantar una potestad legislativa, como fundamento del orden jurídico. La historia de las codificaciones, comenzando por el Código Civil de Napoleón de 1807, y otros más, revela la inquietud por resolver las dudas en la aplicación del derecho, para lo cual era necesario establecer una prelación entre los diversos derechos. Ello lo evidencia el vetusto Código Civil colombiano con su art. 10, sustituido por el art. 5º de la ley 57 de 1887, cuando ya señala que la disposición constitucional prevalece sobre la legal y que en caso de incompatibilidad de normas entre los códigos debe seguirse el orden de precedencia de los mismos, según las reglas allí señaladas.

La jerarquización de las fuentes camina cogida de la mano del proceso continuado de centralización del Estado, que precisamente fue determinando la eliminación de la dispersión normativa, con la implementación de unas fuentes con caracteres de exclusividad. Ejemplo de aquello lo es el Código Civil alemán, que solo entró a regir en el año de 1890, cuando el fraccionamiento del derecho y el caos de legislaciones diferentes, y hasta hostiles entre sí, impedían la anhelada unidad. Era tanta la dispersión, que García Alas y García Arguelles refieren que las leyes variaban inclusive dentro de la misma localidad, y así discurren: "No era una excepción el caso de que algunas leyes, al designar los puntos donde estaban en vigor, excluían tal casa o tal calle. La confusión que tenía que originarse es fácilmente comprensible"[2].

Resulta claro que la dispersión normativa, la presencia de determinados privilegios jurídicos a través de leyes especiales, la dificultad misma para establecer el derecho aplicable, como también la consiguiente discrecionalidad de los jueces, constituían en el siglo XVIII una permanente traba para la seguridad jurídica. En el caso de Francia, modelo de esa situación anómala, fuera de la diversidad de jurisdicciones que procedía de la Edad Media (reales, eclesiásticas, señoriales), se unía la pluralidad dentro de la misma jurisdicción real, con la presencia de jurisdicciones especiales, añadidas desde luego a las del derecho común. Entendido en ese entonces que el rey era la fuente de toda justicia implicaba ello una delegación de poderes de aquel hacia las diversas jurisdicciones (justicia delegada), sin perjuicio de que él mismo podía reasumir el conocimiento de cualquier asunto, para administrar

[2] L. García Alas y García Argüelles, *Las fuentes del derecho y el Código Civil alemán,* Madrid, 1917, págs. 5 y 6.

personalmente justicia, como revisar en casación cualquier sentencia de Cortes superiores en consideración a errores de derecho.

La seguridad jurídica no requería del monopolio de la ley como fuente del derecho, pero sí promovió un orden de prelación entre las fuentes, con el primordial objetivo de limitar la discrecionalidad de los tribunales que precisamente por ello se volvieron fuertemente impopulares. Aquella fue la intención de los redactores del Código de Napoleón, aunque infortunadamente su texto final propiciara la sacralización de la ley, tal como lo pretendió la Escuela de la Exégesis.

El predominio de la ley respondía a una voluntad esencialmente democrática, como también a una concepción subyacente de la misma, en cuanto ella era la expresión racional de como debía organizarse la sociedad. Lo que eran las leyes en el campo de lo físico , así debían ser las leyes aprobadas por el Congreso en el campo de lo social. Por eso se explica la ley como un mandato de la voluntad del pueblo, con sentido general y abstracto, elementos estos de su propia estructura lógica. También la ley como fuente del derecho debía establecer su relación con otras fuentes, y precisamente por ello se estableció una enumeración taxativa de las mismas, con un criterio de seguridad jurídica. El derecho aplicable era susceptible de análisis en cuanto a su propia manifestación y por ello la teoría de las fuentes no se ocupaba mucho de cómo elaborar y expedir las leyes. La doctrina de las fuentes carecía de vitalidad científica, ya que se limitaba a la simple diferenciación entre ellas. El objetivo de la doctrina consistía entonces en demarcar de una manera concreta cuáles eran las fuentes de un determinado ordenamiento jurídico, sin detenerse en el análisis del modo de producción de cada una de ellas. De tal manera que la doctrina tradicional de las fuentes se quedaba solamente en el punto donde el derecho se manifestaba o se hacía visible, pero sin mirar hacía el interior de la fuente misma. Tal visión mecanicista del derecho llevaba obviamente a soslayar los problemas de interpretación y de aplicación de las normas, dándose así respuesta a las propias exigencias del derecho privado, pero sin satisfacer las necesidades del derecho público. Los juristas de entonces no se habían planteado el sentido jurídico de las propias reglas de producción del derecho, ya que este para la doctrina se reducía a las normas emanadas del Estado para regular la vida en sociedad y que disciplinaban el ámbito de la autonomía privada. La relación entre ley y costumbre no se planteaba como una relación normativa sino como una simple remisión a una fuente creada fuera del ordenamiento jurídico-estatal.

Si bien es cierto no se puede afirmar que la teoría de las fuentes nació con la revolución burguesa, o que sea producto de la obra de SAVIGNY, lo que sí queda claro sin lugar a dudas es que en esa época histórica emerge la teoría tradicional de las fuentes del derecho, y que resulta idónea para hacer efectivo el predominio de la ley dentro de un sistema jurídico liberal. Se promovió, por consiguiente, el desarrollo de un positivismo jurídico que se conjugaba básicamente con el monopolio de la ley sobre otras manifestaciones normativas, dando origen al Estado de derecho.

2. La teoría de las fuentes y el derecho público

Se puede sostener que el interés por el estudio de las fuentes en el campo del derecho público se inició a partir del momento en que se introdujo el concepto dualista de la ley, dominante en la dogmática alemana del siglo XIX, y consistente en la diferenciación de la ley en dos conceptos primordiales: la ley en sentido material y la ley en sentido formal. Partiendo de las características propias de la ley, como son la *abstracción,* la *impersonalidad* y la *generalidad*, puede sentarse el criterio de que todo lo que tenga el carácter de normatividad dentro del conglomerado social con carácter de obligatoriedad constituye legislación, cualquiera que sea la rama del poder público que la produzca. Pero luego se suscitó el interés de diferenciar ese concepto de ley: la ley en sentido formal, que es la proveniente de la rama legislativa con el cumplimiento de las formas establecidas en la Constitución; y la ley en sentido material, que es la que expide cualquier rama del Estado, dentro de las atribuciones y competencias respectivas. El Código Civil colombiano (art. 4º) al definir la ley se sitúa en el concepto formal, aun cuando señala sus elementos materiales cuando dice:

"Ley es una declaración de voluntad manifestada en la forma prevenida por la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar" .

El poder público en cualquiera de sus ramas puede expedir verdaderas reglas de derecho con el suficiente poder coercitivo para imponerse de una manera general, abstracta e impersonal. En tal orden de ideas una ley expedida formalmente por el Congreso que no contenga un mandato general, abstracto e impersonal no será ley en el sentido material, pero sí desde el punto de vista formal, como por ejemplo, cuando decrete honores a un ciudadano que haya prestado servicios a la patria (Const. Pol., art. 150). Empero un decreto legislativo o reglamentario, emanado del presidente de la República, bien puede contener normas abstractas de derecho e impersonales, por lo que materialmente puede considerarse como ley, aun cuando formalmente u orgánicamente no lo sea.

A la Escuela de Viena, y especialmente a Kelsen se le atribuye el mérito de haber centrado la atención en los modos de producción normativa y desde allí ya no se habla de fuentes del derecho, sino propiamente de modos de producción jurídica, como una reacción a la doctrina general de las fuentes. Tanto Kelsen , como su principal discípulo Merkl, expresaron que las fuentes del derecho solo pueden ser derecho, porque es el derecho el que regula su propia producción. De este modo, la fuente no es simplemente forma, sino también contenido o materia. La norma fundamental se limita a señalar la manera de producción de las leyes en general y qué órganos pueden producirlas. Desde estos supuestos básicos se construye la teoría kelseniana de las fuentes, diferenciándose entre normas de contenido y normas que regulan la producción de otras normas, llegándose a la conclu-

sión que el distingo entre los preceptos normativos no se basa en su contenido, sino en la forma.

Kelsen, en vez de quedarse en las fuentes del derecho como manifestación del mismo en el lugar donde este se hace visible, sin embargo, profundiza más allá hasta el origen de su producción. El lugar donde el agua emana es fuente por así decirlo. Pero otra cosa es el proceso por el cual el líquido brota de la tierra, lo cual viene a significar el origen mismo del agua. El fundador de la Escuela de Viena, en su condición de iuspublicista, a pesar de que condenara la distinción romanística entre derecho público y derecho privado, promovía esa indagación o investigación, ya que la noción tradicional de las fuentes no daba lugar a ello. Es necesario, por consiguiente, el estudio y análisis del origen de todo el caudal jurídico que se hace visible en la fuente y su forma de producción. Todo aquel interés ha tenido la virtud de colocar en el primer escenario la atención de los estudiosos del derecho público por analizar los problemas atinentes a la producción y aplicación del derecho, que no se manifiesta como algo dado, sino que está sometido a todo un proceso de producción sujeto a normas jurídicas. Al igual que las mismas normas de contenido. En este orden de ideas siempre tiene que llegarse a la norma fundamental. Posiblemente la teoría de las fuentes de Kelsen sirva en muchos de sus aspectos para despejar la tupida selva en que se ha convertido el derecho público.

3. La teoría de las fuentes en la actualidad

La elaboración de una teoría de las fuentes en la actualidad ha de tener una manifestación diferente, como quiera que el centro de gravedad del sistema jurídico no tiene su base en el Estado liberal. No es del caso situarse entre la ley y la costumbre, como quiera que esta última ha adquirido en la actualidad un carácter meramente residual. Además, ese papel residual se encadena también con la dificultad de encuadrar la costumbre en un sistema normativo que requiere rapidez en la respuesta que impone el dinamismo social. En la actualidad carece de sentido ese conflicto manifiesto entre ley y costumbre que se dio en los comienzos del liberalismo.

En la medida en que el poder público ha monopolizado la producción normativa, el centro de gravedad del ordenamiento indudablemente se ha desplazado. El problema fundamental no reside en enfrentar el nuevo orden racional respecto al tradicional, sino mas bien en compenetrar los diferentes centros de producción normativa que integran un mismo ordenamiento. Hoy en día el derecho internacional, el derecho estatal en general, el derecho comunitario y el llamado derecho regional autonómico que se da en países como España e Italia, constituyen grandes centros de producción normativa que hacen necesaria su debida armonización. Simultáneamente dentro del propio orden estatal, la orientación meramente formal queda desquiciada cuando se comprueba que la ley no es necesariamente manifestación de

racionalidad para regular cualquier materia. Antes, por el contrario, se hace palpable a cada momento una proliferación de distintas categorías normativas que han roto la unidad esencial manifestada en la construcción de las fuentes.

La expresión fuentes del derecho no indica ya el origen de las normas como antaño, pues: a) El concepto de ley no está referido a una rama concreta del poder público, como sucede en otros Estados entre leyes estatales y leyes regionales, y también ante la presencia de actos con rango de ley emanados de la rama ejecutiva. A la ley en la actualidad se debe añadir un adjetivo fundamental: ley orgánica, ley estatutaria, ley constitucional, ley autonómica. Ya el concepto de ley no es unitario como acontecía en el pasado, ni por el órgano que la produce ni por el procedimiento para su expedición. b) La ley, como ocurre con otras fuentes, no siempre define el origen de los preceptos que contiene. Una vez que la ley se integra en el ordenamiento adquiere vida propia, distinta de la voluntad de quien la produce, quedando condicionada por el ordenamiento jurídico general.

Lo anterior ha llevado a algunos autores a sostener que la teoría de las fuentes resulta manifiestamente inútil en la actualidad para el análisis de los mecanismos de producción de las normas. No obstante, esto último se puede realizar con las precauciones del caso, teniendo en cuenta las diferentes variantes antes señaladas, que no existían en el pasado. El estudio de las fuentes del derecho es distintivo de la disciplina jurídica, como quiera que indica el ámbito delimitado de la misma, o sea, un objeto específico para la investigación, el ámbito del derecho constitucional. Por ello la teoría de las fuentes, y más que todo en el campo del derecho público, no debe limitarse al estudio del lugar y del momento en que el derecho se hace visible, sino también debe atender al modo como se produce y se aplica. Pero esto no implica que se tenga que acudir a la fuente última del derecho, lo cual es tema de la filosofía del derecho, mas no de la ciencia jurídica.

No obstante, se genera una contradicción significativa en el concepto de fuentes del derecho, como quiera que ellas a la vez son derecho y forma de producción del mismo, y esto solamente se dilucida acudiendo a la fuente última del derecho, que no puede contemplarse sino fuera de la ciencia jurídica, es decir, en el campo de la filosofía.

En definitiva, el concepto de fuentes en el terreno propio del derecho constitucional no se puede identificar con el sentido tradicionalista y iusprivatista, como algo estático, debido esto último a los dogmas de la omnipotencia legislativa, y de la concepción dualista de la ley. Por ello la interrupción y aplicación de las normas se ha entendido con un criterio abiertamente mecanicista. El criterio de fuentes dentro del derecho constitucional no consiste en contemplar las diversas categorías por su origen, sino en analizarlas dentro del contexto general de las relaciones que deben darse recíprocamente entre cada una de aquellas categorías. Las fuentes del derecho consisten en indicar el origen mismo del derecho. Pero ese origen no debe limitarse solo respecto de la categoría de normas y al órgano que las produjo,

sino que se debe tener en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico, lo que implica la confluencia de diversos órganos, como la diversidad de los procedimientos para su elaboración. El motivo para lo anterior no es otro que el de la incidencia de la Constitución en la vocación normativa y en el señalamiento de los diversos mecanismos jurisdiccionales de aplicación dentro de todo el conjunto del ordenamiento. Se debe pensar, entonces, en una teoría constitucional de las fuentes del derecho, recordando para ello que el sistema jurídico liberal se basaba, como se ha visto, en el dogma de la supremacía de la ley. El nuevo constitucionalismo parte de un principio de estructuración del ordenamiento, en que a veces se sustituye el criterio de jerarquía por el de competencia. La Constitución ha afectado la jerarquía de las fuentes señaladas en el derecho privado, como también el concepto mismo de fuente, puesto que ha venido a configurar el derecho como un conjunto de principios valorativos dentro de la vida social. La Constitución, como es natural, no puede contener todo el derecho, pero todo el derecho que con-forma el ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de los aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no coloca a la Constitución en el lugar de la ley, sino que aquella como expresión de la voluntad colectiva, sirve indiscutiblemente de medida para determinar la validez del derecho emanado de los distintos órganos del poder público. La Constitución, en últimas, es la fuente conformadora de todo el ordenamiento jurídico dentro de un país dado.

Algunos ordenamientos carecen de Constitución, posiblemente porque la creación y aplicación del derecho se defiere a los jueces. En todo caso, en la teoría jurídica siempre puede identificarse una norma básica, que sirve de fundamento al ordenamiento —ya sea de carácter jurisprudencial o legal, en el caso de la soberanía parlamentaria— aunque esa norma básica, que bien no puede estar consagrada en un texto escrito, es una constitución en el sentido que este término tiene como norma de derecho positivo. La Constitución es el conjunto de reglas a las cuales debe someterse toda la normatividad originada en los órganos superiores del Estado.

4. Delimitación conceptual. Equivocidad del término

La expresión *fuentes del derecho* no refleja un contenido claro e inequívoco, puesto que contiene múltiples significaciones. Con el referido concepto se comprende tanto la fuente última del derecho, como fundamento filosófico, como las fuerzas sociales y las causas sociales determinantes en la producción de las normas, como también a las diversas categorías normativas a través de las cuales se manifiesta el derecho: Constitución, leyes, costumbres, jurisprudencia, principios generales del derecho.

De otro lado, no siempre se distingue certeramente entre la fuente del derecho y el derecho mismo. Debiera entenderse que las normas disciplinan una materia y que la fuente es tan solo una categoría normativa de carácter general, cuya finalidad no es la de indicar el origen de la norma, sino la de establecer

su régimen jurídico. Si la norma se incluye en el texto de una ley se considerará de manera diferente dentro del ordenamiento, a como se consideraría si se incluye en un decreto reglamentario. Por eso es importante conocer si una norma tiene carácter legal o reglamentario. Pero cuando se afirma que una ley orgánica, una ley estatutaria, una ley ordinaria o un reglamento son normas, se está utilizando el término en sentido genérico, ya que las normas no valen por esa forma, sino por su contenido.

En todo caso la distinción entre las fuentes del derecho y el derecho mismo no es tarea fácil, puesto que la propia concepción del derecho condiciona el concepto de fuentes. Indudablemente el poder normativo se manifiesta de una manera distinta para un legalista riguroso que para un institucionalista . Si se analiza la ley, se precisa considerar el régimen jurídico global de esta categoría de fuente, que incluye tanto su protección jurisdiccional como el monopolio que en tal ámbito ejerce la Corte Constitucional. La referencia a cada fuente en particular implica el análisis de su propio ámbito.

El sistema de fuentes lleva implícito un poder político. Cuando la ley se implanta es porque también se hace presente un poder político que corresponde a determinados intereses. Así mismo, cuando se afirma la supremacía de la Constitución sobre las restantes normas, o se observa la proliferación de diversas categorías normativas, y las precauciones que el ordenamiento toma para propiciar el consenso social, significa todo ello una concepción política puesto que se refiere a la manera de organización del poder dentro del Estado.

Anteriormente se ha señalado como el concepto de fuentes se compenetraba con las exigencias del sistema jurídico liberal, puesto que favorecía la primacía de la ley sobre las restantes fuentes, y fue así como la doctrina de las fuentes tuvo su arraigo dentro del derecho privado. El problema estriba ahora en que la construcción dogmática del sistema de fuentes excede notoriamente ese sentido histórico iusprivatista, y es así como se incorpora dentro del contexto constitucional, tal como acontece en España[3] y parcialmente en Colombia[4]. De allí que la previsión actual de la ley 153 de 1887 (arts. 8º, 11 y 13) sobre fuentes del derecho debe entenderse en el sentido que solo la ley podrá establecer fuentes infralegales o de rango inferior al legal. Pero, además, parece incorrecto que el legislador actual vincule al legislador futuro respecto a las fuentes en sí mismas consideradas y en su jerarquía. Solo los imperativos constitucionales pueden de una manera definitiva señalar el entramado de las fuentes, para que así se salvaguarde el principio de la seguridad jurídica.

5. Fuentes de la Constitución y del derecho constitucional

Las fuentes de la Constitución pueden ser mediatas o inmediatas. La fuente inmediata (formal) se refiere a quien se le atribuye la expedición de

[3] Arts. 148.9,3 y 149 de la Const. Pol.

[4] Art. 4º de la Const. Pol.

una Constitución: el Congreso o una Asamblea Constituyente. La fuente mediata (material) se refiere al porqué de la existencia de una Constitución, la causas de su expedición, que pueden consistir en un movimiento de independencia, un golpe de Estado, una revuelta social, y la filosofía que las anima, la cual inspira no solamente la expedición de la misma sino también su interpretación.

Estos criterios mediatos se pueden encontrar, dependiendo de cada caso en particular, en la doctrina constitucional, en los precedentes judiciales o las sentencias constitucionales, el derecho internacional, la costumbre y convicciones constitucionales, los principios generales del derecho constitucional y las leyes constitucionales.

A) *Doctrina constitucional*

El art. 26 del Código Civil establece que los jueces y los funcionarios públicos en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares. Luego, el mismo precepto alude a las diferentes reglas que deben servir para la interpretación por vía de doctrina, que se encuentran en los arts. 27 a 32 de la misma obra.

Por doctrina siempre se ha entendido el conjunto de conceptos e ideas que formulan los juristas a través de sus estudios y dictámenes y que muchas veces se transmiten en la enseñanza del derecho. En otro sentido se conoce la doctrina, como las tesis sostenidas por una escuela determinada, tal como acontece con la exégesis francesa, el historicismo alemán, el realismo escandinavo, la libre investigación científica, el iusnaturalismo, etc., o las expresadas por un connotado jurisconsulto en relación a un tema discutible. En Roma, las opiniones de los juristas, que fueron tan importantes para el desarrollo del derecho, se llamaban *responsa prudentium*.

La doctrina constitucional es el conjunto de fórmulas extractadas de la combinación de los textos constitucionales y la jurisprudencia[5]. En la interpretación doctrinal los jurisconsultos explican la ley por su propia autoridad[6].

En el ordenamiento colombiano la doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes[7]. Junto a la equidad natural, la crítica y la hermenéutica esta sirve para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes[8]. Así mismo, cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, ni existan leyes

[5] Ralph A. Rossum, Alan Tarr G., *American Constitutional Law. Cases and Interpretation*, New York, 1992, págs. 4 y 5.

[6] C. S. J., sent., Sala de Casación Civil de 11.07.1947, "G. J.", t. LXII, pág. 613.

[7] Ley 153 de 1887, art. 4º.

[8] Art. 5º, ib.

que regulen casos o materias semejantes (analogía), se aplica la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho[9].

El art. 23 del decreto 2067 de 1991[10] prevé que la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar para las autoridades.

Originalmente este artículo preveía que la doctrina era criterio auxiliar "obligatorio", pero la Corte Constitucional lo declaró inexequible[11], al considerar que "(...) solo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias". Y concluye, citando otra sentencia[12] que "entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel".

Así mismo, sobre este tema de la doctrina constitucional se pronuncia así el tratadista argentino Segundo V. Linares Quintana[13]:

"La doctrina elaborada por los constitucionalistas no solamente comporta un medio de interpretar la Constitución sino que también provee de elementos para la construcción teórica de las instituciones constitucionales, además de su influjo en la jurisprudencia y en el derecho constitucional positivo. Aun cuando la doctrina carece de la fuerza de la ley, constituye una importante fuente indirecta o inmediata del derecho constitucional. Como señala Villegas Basavilbaso, es incuestionable su influencia sobre el legislador, sobre los jueces y sobre la determinación de los principios generales del derecho. En efecto, la doctrina orienta la labor legislativa y muchas veces no es esta la que crea las normas de derecho directamente, sino a través del derecho científico. En cuanto a su influjo en las decisiones jurisdiccionales también es notorio que los criterios tradicionales en la aplicación de las reglas jurídicas se van modificando y transformando por las opiniones de los tratadistas, principalmente cuando son concordantes y revestidas de alta jerarquía científica [sic]".

Finalmente, la Corte Constitucional en sent. C-083 de 01.03.1995, al declarar la exequibilidad del art. 8º de la ley 153 de 1887, que prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen caso o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, sostuvo que el referido precepto no contradice el art. 230 de la Carta en cuanto dice que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Sobre el alcance de lo que es la doctrina, como fuente obligatoria, expresó lo siguiente la Corte:

[9] Art. 8º, ib.

[10] Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

[11] Corte Constitucional, sent. C-131 de 01.04.1993

[12] Corte Constitucional, sent. C-113 de 25.03.1993.

[13] Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional e instituciones politicas,* t. I, Buenos Aires, 1970, pág. 301.

"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 está tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (Const. Pol., art. 241).

"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 art. 4º de la ley 69 [sic] de 1896[13 bis], para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces".

En la aclaración de voto a la sentencia antes referida, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz dice lo siguiente: "El sentido del término «doctrina constitucional» fijado por la Corte en su doble acepción como referido a «norma constitucional» y a «calificación adicional» efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma enfatiza su valor de fuente del 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" (Const. Pol., art. 243)".

B) *Precedentes judiciales y sentencias de la Corte Constitucional*

La influencia de la jurisprudencia es particularmente importante para la interpretación de la Constitución, y, en especial, cuando se trata de verificar la conformidad de la legislación ordinaria con la Constitución. La actividad de interpretación de los órganos jurisdiccionales ha generado continuas modificaciones y adecuaciones de los textos constitucionales con la realidad, cambiando sensiblemente la orientación primitiva de las mismas, como ocurre en los Estados Unidos, Canadá y Australia, por citar algunos ejemplos[14].

En el derecho anglosajón, el *Common Law* es un derecho judicial, constituido por el acopio de sentencias que dictan los jueces[15], y por tanto, cuando este es aplicable, la fuente normativa a la que deben acudir los jueces para resolver los casos litigiosos sometidos a su consideración, son las sentencias dictadas por otros jueces en casos similares. Lo anterior resulta del principio conocido con el nombre de *stare decisis,* conforme al cual los jueces deben resolver los casos controvertidos de acuerdo con lo decidido por jueces de

[13 bis] Lo correcto es ley 169 de 1896.

[14] Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Padova, 1987, pág. 161.

[15] Ver al respecto Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del derecho administrativo,* Santa Fe de Bogotá, 1994, págs. 40 y ss.

la misma jurisdicción, de igual o mayor jerarquía, en casos previos de naturaleza similar.

El principio anterior ofrece serias dificultades teóricas, pues se suscita el problema de poder determinar lo que se entiende por casos similares, puesto que en la realidad no se encuentran dos casos que sean exactamente iguales; allí solo puede darse una mayor o menor similitud. En la literatura del *Common Law* se afirma que basta la similitud entre la sentencia precedente y el asunto a decidir, requiriéndose tan solo la identidad de las circunstancias relevantes de los casos, sin tener en cuenta las irrelevantes. Sin embargo, es difícil determinar con exactitud las circunstancias relevantes; así mismo, se genera la necesidad de superar el carácter puramente individual y concreto de una sentencia y sacar de esta una norma jurídica de carácter general[16].

En el sistema angloamericano del *Common Law* es el juez principalmente el autor del derecho por cuanto que las decisiones judiciales constituyen la fuente primordial de los principios jurídicos, y los repertorios correspondientes son los textos formales en los que aparecen publicadas las normas que están en vigor. Por esto en los Estados Unidos se habla de un sistema de supremacía judicial, como quiera que al ser la Suprema Corte el intérprete último de la Constitución, el sentido y alcance auténticos de la misma están definidos en las sentencias o decisiones de aquel importante tribunal; a tal grado que la Constitución no es sino el "esqueleto" del derecho constitucional, y la jurisprudencia de la Suprema Corte, la verdadera fuente de donde nacen los principios generales de aquel. En efecto, cuando la Suprema Corte, en las controversias concretas, sometidas a su consideración, interpreta la Constitución y define las normas jurídicas que la desenvuelven en la práctica, los principios declarados y definidos por ella forman parte integrante de la ley suprema de la nación, con la misma fuerza y vigor como si estuvieran consignados en el propio texto, de donde se colige que los principios sentados por el más importante tribunal son obligatorios para todas las autoridades locales y federales del país, inclusive el Congreso y las legislaturas locales, quienes al expedir sus leyes deben ajustarlas a esas normas de la jurisprudencia establecidas por la Suprema Corte, normas que solo pueden ser derogadas o modificadas por decisiones subsecuentes o por una reforma de la Constitución[17].

En el sistema continental es necesario poner de presente que el aporte teórico fundamental para el establecimiento del control de constitucionalidad se le debe a Kelsen[18], quien sostenía que este era esencial para mantener la supremacía de la Constitución no solo como regla de procedimiento, sino como norma sustantiva. El fundador de la Escuela de Viena respondió a

[16] Cueto Rue, *El Common Law,* Buenos Aires, 1957, págs. 31 y 32.

[17] Óscar Rabasa, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law,* México.

[18] Hans Kelsen, "La garantie jurisdictionelle de la Constitution", París, 1928, en *RDP.*

muchas críticas[19] cuando propuso la creación de un órgano independiente que tuviese el control de las leyes, ya que se decía que con ello se desconocía la soberanía del Parlamento. En efecto dijo KELSEN, que no es un órgano el soberano sino toda la estructura del Estado, y para replicar el criterio de que se rompía el principio de la separación de poderes, sostuvo que el Tribunal Constitucional se convierte en una especie de "legislador negativo", ya que no tiene el poder positivo para expedir leyes[20].

En Colombia, se puede sostener, que las sentencias de la Corte Constitucional tienen un cierto valor normativo, no solo porque el art. 4º de la ley 153 de 1887 señala que la jurisprudencia sirve para ilustrar la Constitución en casos dudosos sino que además, por la posición de la Corte Constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico, dada la variedad de funciones que le atribuye el art. 241 de la Const. Pol., respecto a la "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", aquella salvaguarda nuestra democracia constitucional, y define los límites constitucionales a los que deben someterse los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. Bien puede decirse que dicha Corte es la intérprete suprema de la Constitución, puesto que toma definitivamente la decisión última en materia de inconstitucionalidad y porque sus fallos producen efectos generales y hacen tránsito a cosa juzgada (Const. Pol., art. 243). Lo expuesto hace ver que la Corte Constitucional realiza una labor innovadora sobre el propio sistema de fuentes y que su función creativa se desarrolla al fijar sus propios criterios, que vienen a convertirse en auténticos valores constitucionales, que habrán de seguir y respetar todos los órganos del Estado y los particulares. No puede negarse que cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley, esto supone la atribución de una eficacia semejante a la de las propias leyes, en cuanto intenta eliminar del mundo jurídico textos normativos contrarios a la Carta Fundamental.

En efecto, algunos tratadistas españoles[21] han sostenido, por ejemplo, la tesis de que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional de España puede dar lugar a la configuración de normas paraconstitucionales, normas constitucionales de creación jurisprudencial, que vienen a tornarse en una especie de normas sub-constitucionales, que proceden de las sentencias de dicho órgano jurisdiccional, y que sirven de instrumento para delimitar y especificar el contenido de la norma genérica contenida en el texto de la Carta, haciéndose así posible la operación de subsunción y adquiriendo la misma fuerza vinculante y el mismo carácter normativo que el precepto constitucional originario.

Al aceptarse que todas las sentencias de la jurisdicción constitucional son interpretativas, puesto que necesariamente interpretan el material

[19] Ver, por ejemplo CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución,* Madrid, 1983.

[20] CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de derecho constitucional,* Buenos Aires, 1992, pág. 661

[21] Entre ellos, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, t. I, Madrid, 1971, págs. 51 y ss.

primario (la Constitución), y el material secundario (la norma enjuiciada), y que mediante ellas en algunas ocasiones se extraen verdaderas normas constitucionales de las disposiciones constitucionales que se interpretan, se puede colegir que así como el juez ordinario crea el derecho a partir de la ley, también la Corte Constitucional crea derecho cuando interpreta la Constitución.

Sobre este tema del valor creador que se realiza con la interpretación de la Constitución vale la pena transcribir lo que dice RAÚL CANOSA USERA[22] al referirse a los términos, interpretación, aplicación y creación:

"Los dos primeros términos (interpretación y aplicación) aluden a dos momentos correlativos en el ciclo del derecho; en efecto, uno precede al otro en un orden cronológico invariable. Durante la interpretación, el sujeto busca y descubre el sentido normativo de un texto; este, a su vez, se materializa, justo en el momento de aplicación. Se podría describir el ciclo de creación del derecho como un proceso dialéctico en el cual son resueltas las antinomias surgidas durante su transcurso mediante una individualización de la norma que inmediatamente se aplica, lo que WROBLEWSKY denomina interpretación operativa. BETTI y GADAMER reflexionan sobre la inalienable unidad de acción entre interpretación y aplicación. Si concluimos en clasificarlas como dos momentos en el ciclo del derecho, debemos, a renglón seguido, definir la nota esencial de dicho ciclo; no es otra que su creatividad. De esta forma el derecho es creado y aplicado en un proceso de individualización creciente.

"Legislación y jurisprudencia son dos actividades sucesivas, en un mismo proceso de creación y aplicación del derecho; de ahí que podamos identificar creación con interpretación, si bien esta sea creación de normas particulares, mientras que la creación en sentido estricto, la legislación, lo sea de normas generales. Consecuentemente, podemos concluir con ASCOLI recalcando la *intima identità di creazione ed interpretazione.* Crear significa en derecho incorporar algo que no estaba con anterioridad dentro del ordenamiento. Si la interpretación y la aplicación son creativas, convendremos en el carácter constitutivo que reviste, en consonancia con lo dicho, la decisión judicial. La función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación del derecho; estos dos momentos se reproducen, según KELSEN, en cada uno de los escalones de la pirámide normativa. Ante la identidad, o al menos, equivalencia de funciones el maestro austríaco sentencia: «el juez es siempre legislador»".

Siguiendo los lineamientos expuestos, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido una cierta fuerza jurídica a la jurisprudencia, al expresar[23]:

[22] RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988, págs. 11 y 12.

[23] Corte Constitucional, sent. C-104 de 11.03.1993.

"Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutiva de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trascienden el asunto revisado. La interpretación doctrinal fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del «imperio de la ley» a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución".

C) *Principios generales del derecho*

El ordenamiento jurídico se manifiesta normalmente por medio de normas incluidas dentro de las fuentes formales. Junto a las tradicionales fuentes formales del derecho (ley, costumbre) se encuentran también los principios generales del derecho, que pueden considerarse como normas, aunque no formuladas expresamente. Los principios generales del derecho expresan el sentido y la finalidad misma del ordenamiento jurídico, que no son consecuencias de las disposiciones legales, sino que por el contrario las informan, y tienen la virtud de darles unidad vital, puesto que sin dichos principios estaríamos frente a un conjunto inorgánico de preceptos. El derecho como ciencia y como arte de lo justo, según el sabio principio de los romanos, no se agota en la ley o en el texto escrito, sino que, además, se manifiesta en unas reglas primeras que informan y guían las instituciones, ya que por medio de tales principios las normas jurídicas adquieren sentido.

Los principios generales del derecho sirven, pues, de fundamento al ordenamiento jurídico, dándole funcionalidad, y actúan, también, como criterios orientadores para la labor interpretativa; dentro del contexto del derecho privado, tienen el carácter de fuente supletoria, en caso de silencio de la ley y de la costumbre.

Nuestras leyes civiles han querido referirse a los principios generales del derecho, sosteniendo que los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia sirven para ilustrar la Constitución en casos dudosos (ley 153 de 1887, art. 4º); y que 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 del derecho (art. 8º, ib.). En el campo del derecho público se encuentra como el art. 23 de la ley 80 de 1993, sobre contratación administrativa, al referirse a los principios en las actuaciones contractuales, alude a la aplicación de los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Los principios generales del derecho como informadores del mismo, y también como integradores frente a los vacíos normativos, actúan en este último caso con un sentido de subsidiariedad, en defecto de la ley y de la costumbre. Esto nos hace ver que el derecho positivo, o el derecho objetivo del país, no se limita a la Constitución y a las leyes, ya que existen otras fuentes, como la de los principios generales del derecho.