

HANDBOOK CONSEJO DE ESTADO

1. Introducción al derecho
 2. El Derecho como Fenómeno Social
 3. Producción e Interpretación del Derecho
 4. Interpretación y Aplicación del Derecho
 5. Fuentes del Derecho
 6. Bloque Constitucional
 7. Ordenamiento Jurídico
 8. El Problema de la Obligatoriedad del Precedente Constitucional
 9. Consejo de Estado
-

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Resumen hecho por: Mariana Gutiérrez Leal

***Las palabras en color rojo con conceptos**

El presente documento es un breve resumen de los primeros dos capítulos del libro titulado “Introducción a la Teoría del Derecho” escrito por José Juan Moreso y José María Vilajosana.

CAPÍTULO 1: EL DERECHO COMO FENÓMENO SOCIAL

1. VARIEDADES DE SISTEMAS NORMATIVOS

- Lo que va a hacer el autor en el capítulo 1 es explicar cómo se diferencian las normas jurídicas de las demás normas que existen en la sociedad.
- **Norma:** Orden o regla que busca regular la conducta del ser humano en sociedad. El propósito de una norma es permitir, prohibir u obligar la realización de conductas.
- Un **ordenamiento normativo** es un conjunto de normas.
- Diferencia entre norma y ley: una ley es un tipo de norma.

1.1 El Derecho como sistema normativo institucionalizado

- Es esencial identificar cómo se establece la sanción para así determinar el tipo de ordenamiento normativo al que se refiere en cada caso: en caso de que la sanción se imponga a través de la presión social, hablamos de una **norma social**; en caso de que la sanción se imponga de forma interna (el remordimiento de conciencia), nos encontramos ante una **norma moral**; y en caso de que la sanción sea aplicada y regulada por una institución, nos encontramos ante una **norma jurídica**.
- Es posible que una conducta esté permitida en un tipo de norma y no en otra.
- El Derecho se caracteriza por establecer sanciones **institucionalizadas** (creadas y aplicadas por instituciones).
- Como las instituciones que crean y aplican las sanciones son, a su vez, creadas por el Derecho, se dice que el Derecho regula su propia producción.
- A diferencia de lo que sucede con las normas jurídicas, no hay instituciones que apliquen el reproche social o el remordimiento de conciencia.

1.2 El Derecho como instrumento

- Mientras que en el sistema moral nos encontramos ante una **técnica de motivación directa** (se motiva o prohíbe de forma explícita la conducta), en el sistema jurídico nos encontramos ante una **técnica de motivación indirecta** (en vez de motivar o prohibir de forma explícita una conducta, se procede a establecer un premio o una sanción).
- Siendo así, el Derecho no es un fin en sí mismo, sino que se convierte en un instrumento que tiene el ser humano para perseguir o cumplir determinados objetivos utilizando, mayoritariamente, técnicas de motivación indirecta de conductas.

2. ¿ES EL DERECHO UN INSTRUMENTO NECESARIO?

- En la respuesta a esta pregunta se encuentra la discusión sobre la naturaleza del ser humano: ¿el ser humano es bueno o malo por naturaleza? En vez de discutir sobre la naturaleza del ser humano, el autor propone una discusión sobre los límites del ser humano. El Derecho funcionaría como herramienta **no** para controlar o perjudicar la naturaleza del ser humano, sino como una herramienta para compensar sus limitaciones.

3. NECESARIO ¿PARA QUÉ?

3.1 El papel social de la supervivencia

- Aunque no sea evidente, la supervivencia es una de las motivaciones naturales del ser humano que direccionan el Derecho: los conceptos como peligro, seguridad y convivencia están directamente influenciados por una tendencia natural (o general) de sobrevivir.

3.2 El mínimo común normativo

- Aunque las sociedades humanas sean diferentes, en todas ellas la supervivencia ocupa un lugar central. Si esto sigue siendo así, todas necesitan un **mínimo común de normas** para ser viables. Sin estas mínimas, las demás normas no tienen sentido (EJ: debe existir la norma “no matar” para que la norma “pague impuestos” tenga sentido; sino, no habría gente que pagara impuestos).
- HART (1961) presenta cinco “verdades obvias” que justifican la racionalidad de que una sociedad posea determinadas normas:
 - a) Los seres humanos son vulnerables a los ataques físicos. Como todo ser humano puede herir y ser herido, es necesario que existan normas que restrinjan la violencia. Estas normas son básicas, ya que sin ellas, otras normas no servirían.
 - b) Los seres humanos son aproximadamente iguales. A pesar de las diferencias, no existe ningún ser humano que tenga características exorbitantemente diferentes a otro que lo hagan superior. Al estar en iguales condiciones en cuanto a fuerza y destrezas, es preciso limitar el alcance de cada uno de nosotros.
 - c) Los seres humanos tienen **altruismo** (tendencia a buscar el bien del otro de manera desinteresada) limitado. Como las sociedades humanas se encuentran en un intermedio entre una sociedad angelical (que nunca tiende al mal) y una sociedad demoníaca (que siempre tiende al mal), las normas que determinan abstenciones no son solamente posibles sino también necesarias.
 - d) Los seres humanos tienen recursos limitados. Por ello, es necesario que existan normas que garanticen promesas entre personas (contratos), que logren predecir las conductas de

los demás y que organicen a la sociedad en cuanto a la distribución de dichos recursos limitados.

e) Los seres humanos tienen comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Como los seres humanos tenemos una capacidad limitada para obtener y procesar información, es posible que no tengamos claros nuestros intereses a corto o largo plazo, y además, que no seamos capaces de sacrificar bienes presentes para obtener beneficios en el futuro. Aquí, el propósito de la norma es ayudarle al ser humano a tener un mejor presente y un mejor devenir (ejemplo: establecer la pensión como algo obligatorio).

3.3 Críticas a las explicaciones funcionales

- La utilidad funcional de una institución no es condición suficiente ni condición necesaria para que esta exista.
- A las cinco verdades propuestas por HART el autor adiciona una sexta: f) los seres humanos tienen valores y propósitos que pueden ser realizados sólo a través de acción común.

3.4 El Derecho y los problemas de interacción

- Los sistemas jurídicos también tienen como cometido resolver problemas de interacción (las 5 reglas de HART (y la sexta propuesta por el autor) están directamente relacionadas con problemas de interacción).
- A continuación se van a explicar dos situaciones que prueban cómo el Derecho sirve para solucionar problemas de interacción:
 - *El dilema del prisionero*: Dos personas cometieron un delito. Tienen 3 formas de actuar: a) El que confiesa queda libre, y el otro está condenado a diez años de prisión. b) Si ambos confiesan, quedarán condenados a cinco años de prisión. c) Si ninguno confiesa, ambos quedan condenados a dos años de prisión. Actuando de forma racional buscando satisfacer su interés individual, ambos confesarían, pero el resultado de esta decisión no es la que más los beneficia; es un resultado ineficiente.
 - *Problemas de coordinación*: Hay dos personas hablando por teléfono y se corta la comunicación. Podrían llamar ambas al tiempo o ambas esperar, con lo que no conseguirían su objetivo. Este es un problema de coordinación. En el dilema del prisionero, existe la duda si la otra persona cooperará o no. En este dilema, ambas personas quieren cooperar pero se debe organizar de qué manera para que el objetivo se cumpla. Ambos son ejemplos de **interdependencia de decisiones**: uno decide dependiendo de lo que crea que va a hacer el otro.
 - *Casos del free rider*: Son personas que se benefician de la cooperación de los demás sin que ellos cooperen.
 - Conclusiones: La norma es necesaria pero no suficiente para que se lleven a cabo acciones colectivas eficientes. Las normas generan acciones **eficientes** porque a) contribuyen a modificar las preferencias de los individuos y b) ayudan a asegurar las expectativas de los individuos.

3.5 Instituciones y contrato social

- **Contrato social:** figura que justifica racionalmente y legitima moralmente la existencia del Estado y del Derecho, entendiendo que sólo la renuncia voluntaria a ciertas libertades legitima la acción del Estado.
- La idea de contrato social puede ser interpretada de dos formas distintas: a) El contrato social se puede interpretar como una salida a un problema de coordinación (la simple necesidad de vivir en sociedad). b) El contrato social como un argumento que afirma que, sin la autoridad estatal, la humanidad estaría en un estado de naturaleza permanente, es decir, en guerra constante entre sí.

CAPÍTULO 2: LAS FUNCIONES SOCIALES DEL DERECHO

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

- Tiene sentido que la teoría del Derecho indague acerca de los objetivos que pretende alcanzar cualquier sistema jurídico en relación con cualquier sociedad humana (no un sistema jurídico particular con una sociedad humana particular).
- Un enfoque examina el alcance que tienen tres funciones muy generales de los sistemas jurídicos: **control social**, **seguridad** y **justicia**. Estas tres funciones alcanzan los niveles más altos de abstracción.
- El segundo enfoque analiza unas funciones directas e indirectas y primarias y secundarias del Derecho.

2. CONTROL SOCIAL, SEGURIDAD Y JUSTICIA

- Es importante hacer dos precisiones: 1) se puede afirmar que un sistema jurídico *cumple* con la función de contrato social, seguridad y justicia o que un sistema jurídico *debería cumplir* con dichas funciones. La primera es una tesis descriptiva y la segunda una valorativa o regulativa. 2) Se puede determinar que estos conceptos o están o no están, pero es más preciso entender estos conceptos de forma *gradual*.

2.1 Control social

- El Derecho puede tener una función integradora (resuelve conflictos que se puedan dar dentro del sistema social) y una función reguladora (dirección y guía de conductas).
- Combinando estas variables, se presentan las siguientes cuatro posibilidades de actuación del Derecho o técnicas de control social: incentivar o desincentivar una conducta antes o después de que ésta se produzca.

2.2 Seguridad jurídica

- Se refiere a que las personas puedan actuar conociendo qué sucederá si actúan de una u otra manera, y si pueden o no actuar de dicha forma.
- Se dará seguridad jurídica siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las normas jurídicas sean claras. b) Que las normas jurídicas sean conocidas. c) Que el Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir. (Aquí cabe aclarar que la **discreción** contribuye a la seguridad jurídica, mientras que la **arbitrariedad** es enemiga de ella).

2.3 Justicia

- Uno de los criterios para valorar los sistemas jurídicos será su adecuación a la moralidad, ya que la moralidad no necesita más justificación que ella misma.
- Es importante distinguir entre **moral positiva** (conjunto de principios y valores que comparten los miembros de un determinado grupo social) y **moral crítica** (conjunto de principios y valores que resultan a partir de un proceso de justificación racional).
- En otras palabras, la moral positiva es la que se da en la sociedad, y la moral crítica es lo que se debería dar en una sociedad.

Antes de seguir avanzando, no estará de más resumir lo dicho a lo largo del presente epígrafe.

Respecto de la tesis de la función de *control social*, hemos visto que, interpretada descriptivamente, puede ser considerada verdadera, pero tal vez simplemente por definición; mientras que si se interpreta de forma valorativa, quizás carezca de sentido, ya que todos los sistemas jurídicos (eficaces) tienen que poseer forzosamente un cierto grado de control social. Sí que adquiere sentido la discusión valorativa sobre qué grado de control social es deseable que ejerzan los sistemas jurídicos.

Por lo que hace a la *seguridad jurídica*, descriptivamente puede afirmarse que es cierto que todo sistema jurídico genera algún grado de seguridad jurídica, pero es falso que todo sistema jurídico esté por encima de un determinado umbral; desde el punto de vista valorativo, tiene sentido requerir que los sistemas jurídicos busquen alcanzar la seguridad en su más alto grado (y tiene sentido, como veremos a continuación, por su relación con la justicia).

Por último, en relación con la tesis de la función de *justicia*, cabe decir que si se la interpreta descriptivamente es verdadera, siempre que "justicia" se equipare a "moral positiva", pero es falsa si se toma como sinónimo de "moral crítica". Como ideal regulativo, en cambio, tiene perfecto sentido desear que los sistemas jurídicos se adecúen al máximo a los requerimientos de la moral crítica.

(Moreso y Vilajosana, 2004, p.51).

2.4 La relación entre seguridad y justicia

- Aunque no sea preciso por el hecho de que en la vida cotidiana esto no se da así, los conceptos se pueden considerar como independientes.
- Los conceptos se pueden considerar como equivalentes: cada vez que se da justicia existe seguridad y viceversa.
- Se puede considerar que sin justicia no hay seguridad o, en cambio, que sin seguridad no hay justicia.

3. FUNCIONES DIRECTAS E INDIRECTAS

3.1 Criterios de distinción

- Las **funciones directas** son las que se cumplen a través de la obediencia y aplicación del Derecho. Las **directas primarias** afectan a la población en general y las **directas secundarias** son necesarias para el mantenimiento del Derecho. EJ: Una función primaria sería establecer un sistema educativo obligatorio, y una función secundaria sería regular la competencia de un órgano que crea las normas necesarias para que esta función primaria funcione.

- Las **funciones indirectas** se logran alcanzar a través de modos de comportamiento, actitudes, opiniones o sentimientos que son resultado del conocimiento de las normas y la sumisión a las mismas. EJ: El Derecho puede aumentar o disminuir el sentimiento de unidad nacional de las personas de un país.
- EJ 2: Si las principales normas del Derecho Penal se cumplen, una función directa del Derecho sería disminuir la violencia. Una función indirecta de este sería inculcar ciertos valores morales en la población.

3.1 Funciones directas primarias

- La más básica y elemental es alentar y desalentar conductas. Otras funciones son facilitar acuerdos entre particulares, proveer servicios y redistribuir bienes y resolver conflictos.

3.2 Funciones directas secundarias

- Se puede hablar de dos funciones secundarias: determinar los procedimientos a través de los cuales se puede modificar el Derecho y regular el funcionamiento de los órganos encargados de su aplicación.

EL DERECHO COMO FENÓMENO SOCIAL

Dentro de una sociedad, las conductas humanas son reguladas por órdenes normativos, ya que estos exigen un comportamiento por medio de sanciones y recompensas. Las sanciones se dividen en tres tipos principales, a los cuales se les denomina motivadores de conducta: cuando se basa en una presión social, se le llama norma social; cuando un individuo es “sancionado” internamente, se convierte en una norma moral y por último, cuando la sanción es impuesta por instituciones, la norma se torna jurídica y es establecida por el Derecho (Moreso y Vilajosana 23). El Derecho difiere de los sistemas morales y sociales dado que no desempeña tal papel de modo directo. Por lo cual, mientras la moral dictamina el “no matarás”, el Derecho establece el castigo o la pena para el delito de matar en sí, desalentando tal acción de otra manera. Teniendo esto en cuenta, se puede concluir que el no cumplir una norma jurídica genera una sanción, mientras que la moral no.

El Derecho es un medio que ha sido visible dentro de las sociedades desde hace mucho tiempo, y se ve como un medio útil y perdurar dado que permite darle orden a una sociedad. Dejando el orden de una sociedad como una necesidad, se llega a la pregunta de ¿cuál es el verdadero rol del Derecho?. Para responder a esta pregunta, se debe partir de que un objetivo básico en la vida humana es la supervivencia, la cual se vuelve el objetivo de todo ser. Teniendo en cuenta que todo comportamiento que produce el ser humano, lleva de una manera u otra a cumplir el objetivo de supervivencia, los humanos se deben abastecer de diferentes normas que permitan la prolongación de la especie, es decir que debe existir un mínimo común normativo, ya sea jurídico, social o moral. En otras palabras, las relaciones y vidas humanas necesitan estar reguladas por diferentes normas de conducta, que pueden ser ligeramente modificadas entre sociedades.

Por otra parte, dado que los seres humano poseen propósitos y valores los cuales solo pueden ser alcanzados por medio de la cooperación, y el medio que plantea la solución a diferentes problemas de interacción, en los cuales no hay cooperación ni acción común, es el Derecho, los sistemas jurídicos tienen como deber resolver cualquier problema de interacción que se genere en una sociedad. A causa de esto, hay normas que se convierten en soluciones para algunos de los conflictos que surgen a partir de interacciones humanas. No obstante, no todos los problemas son resueltos por estas normas, dado que, aquellas que sí lo hacen, son solo una condición necesaria pero no suficiente para la cooperación eficiente, pues las normas ayudan a modificar las preferencias de los individuos a la vez que ayudan a asegurar las expectativas que estos mismos podrían tener.

Ahora, se hablará del alcance de las funciones del Derechos divididas entre seguridad, control social y justicia, y posteriormente de las funciones tanto directas como indirectas. Antes de llevar a cabo esto, hay que entender que el alcance de tales funciones relacionadas con control social, seguridad y justicia no es precisa, dado que no se tratan estos conceptos de manera gradual ya que no se sabe si el sistema jurídico en su totalidad cumple con esas funciones o si debería hacerlo. Ya ahora si, teniendo esto en cuenta, se puede hablar del alcance de cada concepto.

Primero, control social. Con este concepto se entiende que el Derecho, al cumplir esta función, regula e integra. Por un lado, se puede decir que todo sistema jurídico cumple la función de control social, lo cual puede ser verdadero siempre y cuando se aproxime a la premisa de manera gradual. De esa manera, en el momento en el que se habla de grados de control social, se habla de grados de eficacia. Teniendo esto en cuenta, se podría reformular la premisa de tal manera que quede más precisa, por lo cual quedaría: todo sistema eficaz supera cierto umbral de integración de conflictos y regulación de conductas. A pesar de que esta afirmación es claramente verdadera, no informa nada ya que esto ya se sabía. Sin embargo, si se reformula la premisa para que diga que todo sistema jurídico **debe** cumplir la función de control social, se evidencia un ideal regulativo. Teniendo esto en cuenta, se puede decir que siempre el Derecho puede desear el máximo de control social posible, por lo que pasado determinado umbral de la segunda premisa, es factible aceptar la tercera.

Segundo, justicia. Sobre justicia, es posible afirmar que como ideal, todos los sistemas jurídicos deben cumplir con los criterios de la moral crítica o justicia. Es importante tener en cuenta que la seguridad jurídica es una condición necesaria de la justicia, dado que el conocer las normas jurídicas cumple con principios morales, pero no lo suficiente, pues hay más factores que hacen que un sistema jurídico sea justo.

Por último, seguridad jurídica. Este concepto conlleva que las personas deban conocer el comportamiento (normas) a seguir. Por lo cual, para que un sistema tenga seguridad jurídica, es necesario que las normas jurídicas sean claras, conocidas, y que el Estado cumpla con sus propias normas a la vez que las hace cumplir (principio de legalidad). Por lo tanto, si se hace un acercamiento a este concepto, incluyendo el factor gradual, resulta verdadero que todo sistema jurídico cumple y debe cumplir con la función de seguridad social.

Un esquema de funciones de Derecho posee tres rasgos principales. Inicialmente, no es obligatorio que todas las funciones sean aplicadas al sistema político en su totalidad. Por otra parte, este esquema de

Derecho logra representar de manera adecuada aquello que lo diferencia de otros sistemas normativos. Para lograr entender cuáles son los criterios que distinguen este esquema, es necesario comprender las funciones directas e indirectas del derecho. Las primeras son aquellas que se llevan a cabo por medio de la obediencia y aplicación del Derecho, es decir el obedecimiento de una norma y la imposición de una sanción en el caso de que eso no ocurra. Estas pueden ser divididas entre funciones primarias, las cuales son aquellas que afectan a la población en general, y las secundarias, las cuales facilitan la existencia del Derecho y son juzgadas por si aportan o no al cumplimiento de las funciones primarias. Por otro lado, las funciones indirectas son aquellas que se logran mediante actitudes, opiniones, sentimientos y costumbres, no necesariamente en la aplicación u obediencia del Derecho. Estas se cumplen mediante la relación que la gente tiene frente al Derecho o por la existencia de normas de otros tipos.

En cuanto a las funciones directas primarias, la primera función sería la base del Derecho: alentar y desalentar conductas por medio de sanciones o motivación. La segunda función, la cual compone gran parte del Derecho privado, es facilitar acuerdos entre particulares. La tercera función se basa en proveer servicio y redistribuir bienes y la última función es la resolución de conflictos.

Por último, las funciones directas son esenciales en sistemas normativos institucionalizados como lo es el Derecho. La primera es establecer procedimientos para modificar el Derecho y la segunda es el establecimiento de procedimientos para lograr el cumplimiento del Derecho.

PRODUCCION E INTERPRETACION DEL DERECHO

Cuando hablamos de fuentes del derecho, hablamos de métodos y formas en las que el derecho se ve reflejado. Por fuentes entendemos formas de producción. Ahora, al hablar de la producción normativa (o fuentes del derecho) se tiene en cuenta la normatividad existente que regula la creación normativa por parte de un organismo con poder regulador. Al momento de una producción normativa se tienen en cuenta 4 cosas principales: la autoridad a cargo de la normatividad, el proceso que debe llevar, el producto en documento normativo y la interpretación de este que llevará a una definición jurídica del producto. “Fuente de derecho” es un concepto altamente abstracto y hasta ambiguo, pues de la definición de derecho depende la definición de fuente. No obstante, aclara todo hablar de la clasificación de estas.

1. Fuentes Acto y fuentes Hecho:

Las fuentes hecho son fuentes que regulan comportamientos que existen en la sociedad. Por ejemplo la costumbre. Pues normativamente está regulando y soportando hechos concurrentes. Las fuentes acto modifican el derecho vigente.

2. Fuentes Materiales y Formales:

Esta primera clasificación se basa en la procedencia de normas que regulan la producción. Las fuentes formales son las que tienen una sustentación legal. En otras palabras, cuya reglamentación se comprende en una norma jurídica. Las fuentes materiales no son reglamentadas por una norma jurídica, sino por sistemas alternos.

3. Fuentes Jurídicas:

Cuando se habla de fuentes jurídicas, hablamos de dos conceptos que hay que tener en cuenta. El primero es la jerarquía. La jerarquía jurídica se basa en una subordinación hecha entre los tipos de normatividad. El segundo concepto es el de competencia. La competencia es la relevancia y oportunidad de una normatividad para tratar cierta materia. Se toma en cuenta la competencia frente a la producción, el órgano regulador y la materia de la que se habla para poder establecer la competencia de la fuente.

A continuación se hablará de algunos tipos de las fuentes de derecho teniendo en cuenta la clasificación previamente expuesta:

La Constitución:

Históricamente y regionalmente el concepto de Constitución ha tenido muchas interpretaciones distintas. La primera es si se toma como un documento meramente político con alcances políticos; o como una institución normativa. Si se toma como una institución normativa, se toma como una norma jurídica. No obstante, su alcance es de carácter superior por lo la constitución se conocería como una norma jurídica superior.

La Constitución tiene varias características que la hace una norma superior. Empezando por el sentido material, que hace referencia a que esta trata normas fundamentales. Dentro de estas normas fundamentales están las normas que regulan al Estado y su competencia en general. Habla también de los derechos fundamentales lo que le da una superioridad muy importante al momento de hablar de una norma que aplica en generalidad. Identifica y da valores y pilares para el funcionamiento del ordenamiento jurídico. Por último, regula la creación del Derecho. Si vemos las características desde un sentido formal nos encontramos con la superioridad y con la fuerza jurídica. Al hablar de superioridad, hacemos referencia a lo anteriormente mencionado de la jerarquía. La Constitución estaría situada en la parte superior de la jerarquía jurídica. La fuerza jurídica hace referencia a la necesidad de que esta se **apoye** con otras leyes no comprendidas en la misma. Es decir, si es rígida tendría más fuerza que si fuera flexible.

Si una constitución es rígida, es de gran **supremacía**. Es decir, que no puede ser derogada y tiene que ser aplicada tal y como está. Cualquier ley que vaya en contra de la misma será inconstitucional, por lo que una ley no cambiará su contenido ni hará que deje de ser válido. **El procedimiento para cambiar una constitución es largo y tiene varias etapas para asegurarse de que el cambio es necesario.**

En cambio, si una constitución es flexible las leyes pueden **cambiarla**. Es el caso completamente opuesto al anterior, pues la legislación tiene el suficiente poder para cambiar la constitución dejando atrás el término de inconstitucionalidad, permitiendo modificar la misma con el fin de aprobar una ley. En este caso, la ley tendría la misma fuerza que la Constitución. Por eso es que la rígida tiene más fuerza que la flexible, pues es la única que tiene ese tipo de supremacía. En este caso, esa supremacía no es exclusiva para la constitución.

Al referirse a la legitimidad de algo, en este caso la constitución, nos volvemos a separar en el sentido formal y el material. En el sentido formal la constitución mantiene su legitimidad mediante el principio de legalidad bajo el cual se aplica. En sentido material, la constitución genera legitimidad mediante el

cumplimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado. Es decir, que los poderes del Estado, siempre opten por cumplir los derechos fundamentales, bajo los cuales se establece la legalidad.

La Ley:

Para darle un significado base al concepto de ley, esta se entenderá como un enunciado emitido por un ente competente para hacerlo. Hay dos formas de evaluar la ley como fuente de derecho dentro de un sistema jurídico. La primera es dentro del sistema de monismo parlamentario, en la que la misma puede regular cualquier tipo de materia, teniendo fuerza de tipo constitucional. La segunda forma es mediante el dualismo germánico en la que la ley se ve de forma material y formal.

- Sentido formal: **Es** emitida por el poder legislativo, teniendo un alcance general obligatorio y fuerza vinculante.
- Sentido material: **Toda** ley contiene materia de derecho sin importar la forma en la que **ésta** sea aplicada y adoptada.

La fuente de ley sale de la Constitución, quien organiza al **Estado** y otorga deberes al mismo. La primera característica entra dentro de la parte orgánica de la Constitución y la segunda dentro de la dogmática. Siendo la Constitución la encargada de establecer las fuentes, está creó la ley como una, dándole carácter legislativo y superioridad frente a las normas. Esto quiere decir que tiene jerarquía y superioridad frente a estas. La ley debe ser establecida por representantes populares como símbolo de soberanía.

Otra de las características de la ley es que son generales y abstractas. No se refieren a un caso o un hecho específico dirigido a un individuo en especial. Estas están redactadas de forma “hipotética” y general, de forma que se ajuste a todos los casos.

Cuando hablamos del principio de legalidad en la ley, entramos en cuestión de su supremacía. Como se dijo anteriormente, la ley está por encima de las normas. La anulación de esta, tiene que pasar por un proceso con quorum ad hoc, de completa exclusividad para tener esta potestad. Por otro lado, la ley tiene tres características frente a las normas. La primera es que regula las mismas, es decir que estas deben ajustarse a lo que diga la ley. Segundo, cualquier norma que contradiga una ley previa, puede ser anulada por una ley. Por último, la ley puede hacer una congelación de materia. Es decir, si una ley ya trató una materia, la misma **dictará** que ninguna norma hable de la misma, ni que sea posteriormente modificada.

Relacionado con el principio de legalidad, la ley también puede hacer reserva de materia. Esto quiere decir que tiene exclusividad para tratar ciertos temas, y que la misma determina para qué normas y de qué forma está reservada la materia. Hay cuatro casos de reserva:

- Reserva por constitucionalidad. En este caso la Constitución es la que dicta qué materias están reservadas para la ley.
- Materia sin habilitación ni reserva legal.
- Materia con habilitación genérica y sin reserva legal.
- Materia con habilitación específica y sin reserva legal.

El concepto de ley y su fuerza no es solamente para los documentos que se llamen ley, sino hay demás tipos de normatividades que tienen fuerza de ley. El primer tipo de norma con fuerza de ley, es la norma ordinaria expedida por el legislador. Luego la norma reservada, que tiene una división en norma delegada y norma excepcional. La delegada es la norma que fue delegada al poder ejecutivo por el poder legislativo. Mientras que la ley excepcional es una norma del poder ejecutivo que trata materias excepcionales y muy específicas. También están los tratados internacionales que tienen poder ordenatorio en la soberanía del país. Por último, el bloque de constitucionalidad que será explicado a fondo posteriormente.

A pesar de todo lo que hemos explicado, la aplicación de las leyes como tal, no es igual a la que acabamos de ver, pues realmente no tiene un funcionamiento tan mecánico como el que se mostró. La ley tiene inconvenientes frente a que hay una extensión muy grande de leyes, lo que genera una “hiperinflación legislativa”. Esta con el tiempo ha perdido su generalidad y abstracción, también por causa de tener tantas leyes sectoriales. La creación de una ley ha sido delegada en muchas ocasiones a entes no jurídicos, dando competencia legislativa. Todo esto ha generado un problema en cuanto a la fuerza y supremacía de la ley en los últimos años dentro del sistema jurídico.

Los Reglamentos

Saliendo un poco del poder legislativo y entrando al ejecutivo nos encontramos con los reglamentos. Los reglamentos son normatividades (con fuerza de ley) de carácter administrativo dictadas por el poder ejecutivo. Los reglamentos tienen que tener en cuenta las anteriores leyes, puesto que jerárquicamente están por debajo de las leyes y por ende están sometidos a ellas.

La Costumbre

La costumbre es una fuente de derecho completamente diferente a las que anteriormente fueron mencionadas, puesto que no tiene una procedencia jurídica, sino más bien social. La costumbre como fuente del derecho es una muestra de voluntad jurídica a partir de un proceso espontáneo de creación de derecho. Cuando se dice espontáneo es porque no es creado bajo un proceso reglamentado por algún organismo del sistema; procede de un proceso social de tradición y repetición.

Entrando en términos jurídicos es importante tener en cuenta que la costumbre se considera una regla a partir de que sea una tradición y que sea colectivamente aprobada. Es decir, que la costumbre no sea reciente y por eso pocamente reconocida y aplicada. Debe haber alguna clase de historia y tradición frente a la costumbre. Por otro lado, pueden haber costumbres entre núcleos muy pequeños, pero la que jurídicamente se reconoce es la que tiene un cumplimiento colectivo, en el que hay voluntad a tenerla por la mayoría de las personas en sociedad.

Históricamente la importancia de las costumbres se ha puesto en duda, puesto que grandes pensadores afirman y están seguros que el Derecho y el sistema como lo conocemos hoy, es gracias a que en un momento las costumbres empezaron a tener carácter reglamentario. Así se percibió la costumbre, hasta que el racionalismo y la codificación le quitó su supremacía.

En cuanto a la ley, hay una gran diferencia entre estas dos fuentes. Primero, su procedencia es distinta; la ley sale de un proceso emitido por un órgano, mientras que la costumbre es espontánea como fue mencionado. En cuanto a forma; la ley es escrita, mientras que la costumbre no está registrada en ningún lugar. Por último la vigencia de la ley es establecida en la misma; en el caso de la costumbre su vigencia depende de la prolongación de su uso. Partiendo de estas comparaciones se encuentra que la ley puede que de mucha seguridad jurídica y en **su** orden, pero no hay como tal una facilidad para que hayan cambios sociales. En cuanto a la costumbre, puede que esta reglamentación sea más amena socialmente, pero no hay certeza de su existencia.

La costumbre de forma jurídica se usa y se reconoce cuando llena espacios que la ley no ha tratado anteriormente y que se consideran importantes dentro del Derecho. Igualmente, esta no podrá derogar ninguna ley, estableciéndose por encima de esta.

Los Principios Generales del Derecho y la Equidad

Llegar a una definición exacta de lo que es un principio de derecho es muy **difícil**, pues hay variedades de posturas cuya explicación a la naturaleza de los principios moldea la definición **de qué** es un principio de forma distinta la una de la otra. Las dos posiciones más conocidas y argumentadas son las posiciones iusnaturalista y iuspositivista.

El iusnaturalismo argumenta que la procedencia de los principios del derecho **está** completamente basada en la naturaleza humana anteriormente de lo jurídico. Es decir que estos principios naturalistas se ven desde una perspectiva exterior al ordenamiento. Para un argumentador iuspositivista, **los** principios del derecho se basan en la **ética**, que debe servir como fuente de creación para el derecho. Cuando se habla de la exigencia humana y la necesidad de la naturaleza humana, se está haciendo referencia a esos principios como la vida, que hacen parte de lo fundamental para una persona.

El positivismo ve los principios del derecho como algo completamente distinto, pues los principios tienen procedencia legal, es decir, el mismo derecho. Los principios en este caso **son parte** de un proceso racional. A diferencia del iusnaturalismo, estos principios son nacionales, **ya que están** basados en el ordenamiento jurídico de cada país; por lo que no serían universales como lo es un principio basado en la ética. Los principios positivistas se dividen en dos, los que forman las leyes comunes y los que forman las leyes constitucionales, de los cuales hablaremos posteriormente.

Un principio importante del derecho es la equidad. La equidad se ve más en el momento en el que hay aplicación del derecho, en momentos tales como un tribunal, o en el que es necesario tomar una postura jurídica. El principio de equidad es importante, pues es el que permite generar una relación equitativa (valga la redundancia) entre la seguridad jurídica y la justicia.

Este principio permite que las figuras de poder dentro del ordenamiento, se acerquen al derecho de forma más humana.

Ahora bien, volviendo al principio constitucional volvemos a la supremacía que tiene la constitución. Esta supremacía la tienen también los principios constitucionales. Siendo la Constitución la norma encargada de regular las funciones del ordenamiento y del Estado, los principios que contiene la misma, cumplen esa

función de limitar las acciones jurídicas y darle a las personas garantías de lo que en ella comprende. No obstante, en si los problemas que se ven a partir de esto es que no hay una graduación de principios tan establecida debería haber, teniendo en cuenta que si hay principios que priman sobre otros.

La Jurisprudencia

La jurisprudencia es una fuente que para unos debería ser considerada fuente y para otros no. Para algunos la jurisprudencia puede llegar a ser simplemente la costumbre, la ley y los principios. Pero para otros la jurisprudencia es una fuente vinculante entre todos los tribunales y el ordenamiento en general. Para decidir si esta realmente es una fuente del derecho se debe proceder a revisar si esta es creadora de derecho o no. Se sostienen posturas que dicen que la jurisprudencia sólo interpreta y aplica la norma, pero que en si, está no tiene fuerza para crearla y realmente nunca lo ha hecho. Pero quienes sostienen la posición contraria, hacen ver el trabajo de la jurisprudencia como una fuente creadora del derecho. No obstante no se deja de lado que los jueces si interpretan el derecho y a partir de eso, lo aplican, pero se basan en interpretar lo que no está dicho. Las lagunas son espacios que se generan en las leyes, cuya única forma de llenarlas son con interpretación. Cuando se hace tal proceso, se crea Derecho, pues la ley en sí, está siendo completada y llevada a un rango de plenitud. Ahora, la jurisprudencia es la que hace que el derecho como lo conocemos se vea cumplido. Eso es lo que la jurisprudencia busca, que el derecho se respete y se preserve. Es por esto que se reconoce la jurisprudencia como fuente del derecho en algunos ordenamientos; aunque en otros, la creación del derecho reside exclusivamente en la ley.

Bibliografía:

De Lucas, J , ,Añón, M.J , Aparisi, A , Bea,E , Fernández,E , Añón,J , Vallejo,B , Ruiz,M y Vidal,E. (1992) *Introducción a la Teoría del Derecho*. España: Tirant Lo Blanch

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Interpretación y Aplicación

La interpretación se puede entender de dos maneras: Aquella actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos, o como el resultado o producto de esta actividad. Es por eso que se puede afirmar que la definición y la interpretación son paralelas. Se podría concluir que cualquier tipo de interpretación sobre las leyes debe ser realizada de manera cuidadosa, pues las consecuencias de este acto pueden llegar a ser negativas o positivas.

Las interpretaciones se dividen en dos: interpretación-conocimiento e interpretación-decisión. En la interpretación mediante el conocimiento el individuo debe ser capaz de conocer y entender el significado del enunciado propuesto, es decir, si esta persona no tiene conocimiento sobre un enunciado, no podría

llegar a ser capaz de emitir algún juicio sobre aquel. Por otro lado, se encuentra la interpretación mediante la decisión que consiste en que se toma una decisión sobre qué significados se utilizarán para lograr entender un enunciado. Es decir, existe una participación activa e intérprete de parte del individuo para poder proponer, descartar o elegir significados precisos para lograr entender un enunciado. Es por eso que se puede llegar a concluir que en el ámbito de la justicia, los jueces no utilizan interpretación-conocimiento, sino interpretación-decisión o también llamada operativa, pues para que los jueces interpreten una ley, deben escoger un solo significado y lograr así, un sólo entendimiento. La interpretación se puede referir a tres tipos de actividades. Empezando por el caso en donde se escoge un significado ya existente (operación cognoscitiva), aquellas situaciones en donde se presenta una propuesta de un significado (operación decisiva), o el último caso, en donde se decide crear un significado (operación de creación de normas).

Existen dos tipos de interpretación, la interpretación en abstracto que “consiste en la reformulación del enunciado interpretado y el resultado que de esta interpretación es un nuevo enunciado que se califica como sinónimo del enunciado interpretado.” (Guastini, 204). Y por otro lado, está la interpretación en concreto, es la que califica el supuesto de hecho en un tipo penal. Es necesario tener en cuenta que los enunciados que describen se podrían llegar a calificar como verdaderos o falsos, mientras que las decisiones de un significado no se podrían calificar como verdaderas o falsas. Un enunciado interpretativo es aquel que expresa una decisión interpretativa. Una interpretación en abstracto incluye un texto normativo (D) y el significado que se le adscribe (N), en donde D significa N. Mientras que en la interpretación en concreto “El supuesto de hecho H cae en el campo de aplicación de la disposición D” (Guastini, 205). Los enunciados interpretativos son usados de dos actos lingüísticos muy distintos, o para adscribir el significado de un texto normativo (discurso interpretativo), o para referirse o describir una interpretación de un significado (discurso descriptivo de interpretaciones). Además, existen dos tipos de decisiones interpretativas, aquellas decisiones que se realizan de una interpretación de un significado. Hay casos en donde se realiza una reinterpretación de una interpretación o también se puede realizar una interpretación de un significado de otros.

La interpretación de textos afecta a la interpretación de los actos normativos (fuentes-acto), y no afecta a la interpretación de la costumbre. Este tipo de interpretación (de la costumbre) se puede entender de dos formas, como el tipo de interpretación por medio de la forma y el uso o la interpretación mediante la existencia. Por eso se podría concluir que una interpretación de la costumbre es interpretar un comportamiento social mientras que una interpretación de textos es una interpretación de enunciados lingüísticos.

TÉCNICAS INTERPRETATIVAS

1. Declarativa/Literal:

- a. **Argumento del Lenguaje Común:** Se basa en expresiones del lenguaje ordinario, expresiones que adquieren significados jurídicos y expresiones pertenecientes a lenguajes técnicos.
- b. **Argumento A Contrario:** El legislador dice lo que quiere: Si F entonces G, solo si F entonces G. Esto hace que lo interpretativo ‘choque’ con lo productivo y tiende entonces a crear o a colmar una laguna.

2. Correctora:

- a. **Argumento Lógico:** La voluntad del legislador difiere de lo literal.
- b. **Argumento *Ad Absurdum*:** Si se toma la norma literal, entonces esta es absurda.
- c. **Argumento Naturalista:** Circunstancia de hechos cambiantes.

3. Extensiva:

- a. **Argumento *A Simili*:** $G = \text{Si } F_1, G \text{ y si } F_2, G$ (Comparen E). Tiene que ser evidente la relación entre ambos y tienen una extensión analógica. Adicionalmente, formulan una nueva norma (Argumento Productivo).
- b. **Argumento *A Fortiori*:** $D = \text{Si } F_1, G \text{ y si } F_2, G$ se crea la norma para F_2 (Productivo), y se identifica la razón por la cual F_2 es visual a G : *A Minon Ad Minus* y *A Minon Ad Maius*.

4. Restrictiva: Excluye supuestos.

- a. **Argumento de la Disociación:** Evita las contradicciones.

5. Interpretación Sistemática: Obtiene la interpretación de la ubicación de la norma en \triangle y se mira el contexto.

- a. Combina fragmentos de normas *combinato disposto*.
- b. *Sedes Materiales*: **Debe** ser entendido de cierta forma.
- c. Constancia terminológica: Uso repetitivo de un **término**.
- d. Presunción opuesta a la precedente: El lenguaje depende del contexto.
- e. *Ab Extra*.
- f. Evita antinomias.
- g. Desarrolla procedimientos para colmar ‘lagunas’.

6. Interpretación Conforme: **Adapta** una disposición a otra superior (Bloque de Constitucionalidad) y se adapta una disposición a un principio del derecho.

7. Interpretación Histórica: Se tiene en cuenta el significado en el momento de la creación.

8. Interpretación Evolutiva: El significado es susceptible a cambios.

EL DILEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las Constituciones son rasgos de una sociedad pluralista que derivan de su misma naturaleza y aspiran a convertirse en un pacto de convivencia democrática. Esto significa que deben partir desde un punto de consenso entre **diferentes** perspectivas políticas, **incluso** contradictorias. A partir de esto surgen las llamadas cláusulas constitucionales, que son los componentes de la misma y están desarrolladas de modo general e indeterminado incorporando además de todo una postura filosófica.

De las Constituciones surge la interpretación constitucional, que es considerada por muchos como la base de la teoría jurídica general. Pero, ¿qué es esto? De acuerdo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny Yepes, **esta** “es un caso especial de la interpretación jurídica en la que unos jueces por medio de

procedimientos institucionalizados resuelven controversias invocando para ellos unos patrones normativos determinados y compartidos” (Uprimny, 457). Uprimny determinó a su vez que la diferencia de está sobre las demás radica en el hecho de que las sentencias constitucionales tienen un impacto jurídico y político considerable en la vida civil y que la Constitución aparte de ser la norma superior es una disposición jurídica aplicable en todos los casos.

La aplicación de la justicia constitucional resulta bastante compleja, pues según dictaminó Wróblewski se tiene que tener en cuenta el lugar que ocupa un juez constitucional en el sistema político nacional y las consecuencias de sus decisiones.

I. LA ESPECIFICIDAD DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

En primer lugar, una Constitución no tiene un contorno definido. Es decir, no está completamente comprometida con una idea o con alguna línea de pensamiento y por ello se desarrollan dentro de una llamada ‘zona de penumbra’ que le permite a la sociedad civil hacer libre interpretación del texto.

En segundo lugar, la ‘norma fundamental’ tiende a ser principialista, lo que quiere decir que sus normas, en especial aquellas relativas al reconocimiento y a la protección de los derechos fundamentales, no suelen tener la estructura clásica de la regla jurídica en donde una cierta hipótesis se adscribe a una consecuencia normativa determinada. Las constituciones entonces tienden a estar formuladas en términos de principios que deben ser protegidos en la mayor medida posible sin especificar condiciones de la aplicación de estos mandatos ni las consecuencias que derivan su incumplimiento.

Y, en tercer lugar, la justicia constitucional no está exenta de tensiones normativas puesto que su estructura en torno a algunos pocos principios que le confieren una cierta coherencia axiológica pueden ‘chocar’ con las distintas ramas del ordenamiento jurídico, ya que la propia norma fundamental no establece jerarquías o preferencias entre estos principios.

II. LA POSICIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL IMPACTO DE SUS DECISIONES

Como escribió Uprimny al caracterizar la justicia constitucional, esta se diferencia de las otras disciplinas por la clase de juez que la maneja y el efecto de sus decisiones. Así a muchos no les parezca lo correcto, un juez constitucional tiene la posibilidad de inaplicar o anular una ley que vulnere las disposiciones constitucionales. Esto es conocido como un dilema ‘contramayoritario’ pues resulta inquietante el hecho de que personas no electas anulen las decisiones de los representantes del pueblo.

Sin embargo, un Tribunal Constitucional representa el órgano de cierre del ordenamiento jurídico pues es el intérprete último de la norma fundamental y sus decisiones ‘carecen’ de recursos jurídicos, lo que lo posesiona como la última palabra sobre las más disímiles controversias.

El hecho de que este sea considerado como un órgano infalible y que no se limite a resolver un conflicto entre dos particulares sino sobre todo aquellos que tienen un impacto general sobre la sociedad y sobre el ordenamiento jurídico, ya sea porque explícitamente la norma fundamental lo faculta para anular leyes

sometidas a revisión o porque su doctrina debe ser respetada por los otros órganos del Estado, le da su importancia y su trascendencia.

III. EL DILEMA: ENTRE EL JUEZ NORMATIVAMENTE ATADO Y EL LIBRE ACTIVISMO JUDICIAL

Un texto constitucional está sujeto a interpretaciones muy disímiles pues las categorías constitucionales son muy abiertas y las personas por ende pueden adscribirle diferentes sentidos. Al albergar una tensión normativa y una disposición **constitucional** a través de una estructura de principios, los operadores jurídicos pueden concluir que la norma aplicable es un principio determinado en un caso concreto. Además, el hecho de que el intérprete constitucional sea el más libre de los intérpretes pues sus integrantes no son electos democráticamente hace que estos ejerzan un poder considerable y que sus decisiones tengan un enorme impacto sobre la vida cotidiana de las personas.

Tomado de:

- Uprimny Reyes, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*. Pp 455-464. pdf.
- Guastini, Riccardo. *Tercera Parte: Interpretación y aplicación. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa , 1999. Pp 201-235. Impreso.

FUENTES DEL DERECHO

Fuentes del derecho (su definición y su entendimiento)

- Realización de aquel hecho a una consecuencia jurídica el nacimiento del derecho es el nacimiento de las normas jurídicas.
- El concepto relevante de fuentes del derecho es el que las concibe como fuentes de producción. **No** obstante, en el proceso de producción normativa habría que describir 4 elementos los cuales son fundamentales para su entendimiento.
 - Autoridad normativa
 - Aquel sujeto el cual **que** tiene el poder para crear la norma
 - Acto normativo
 - Un acto productor de normas, como lo es legislar.
 - Texto o documento normativo.
 - El producto o resultado de un proceso normativo.
 - Significado del documento normativo
 - Este resulta de la interpretación de leer la norma.

De todo esto se puede concluir que las “Fuentes del derecho” no son las normas del derecho objetivo, sino precisamente los hechos o actos a los que el ordenamiento atribuye la virtualidad de crear disposiciones o normas jurídicas.

Tipologías de las fuentes del derecho

- *Fuentes -acto y fuentes- hecho*
 - Este criterio clasificatorio sirve para distinguir el factor productor de la norma. Si la producción de normas se realiza conforme un modelo de comportamiento preexistentes, se habla de fuentes de hecho. Si se habla de la producción normativa **que resulta** de la elaboración de disposiciones específicamente destinadas a ser observadas y a través de ellas se trata de cambiar la norma y el derecho vigente, **se** le determina fuentes de acto.
- *Fuentes legales o formales o fuentes extra ordinem o fuentes materiales.*
 - *Fuentes legales (fuentes formales)*
 - Las fuentes del derecho reguladas por norma sobre la producción jurídica.
 - *Fuentes extra ordinem (fuentes materiales)*
 - Aquellas fuentes las cuales su sistema de validez se encuentra fuera del sistema jurídico.
- *Las fuentes según su fuerza jurídica.*
- Este criterio clasifica las fuentes en virtud de su eficacia o fuerza normativa, su mayor o menor incidencia en el sistema jurídico. Este criterio permite establecer relaciones jerárquicas entre las fuentes y se entiende en el marco de una concepción gradual del ordenamiento.
 - Criterio “Jerarquía normativa”:
 - Este criterio puede entenderse de dos formas: en el primer caso, el contenido de una norma es la creación de otra norma. En el segundo caso, el Derecho establece una relación de subordinación; a través de este criterio podemos dividir y clasificar las fuentes.
 - Principio de competencia:
 - Hace referencia a una distribución de competencia reservada a órganos determinados y de procedimientos también concretos, en función de la materia que se regula. Este concepto puede establecer que :
 - Qué órganos o qué sujetos tienen competencia o autoridad para producir ciertas normas.
 - El procedimiento o procedimientos que establecen la forma que debe seguir el ejercicio de la competencia atribuida y pueden regular también.
 - Los límites materiales o de contenido que deben ser regulados a través de determinadas formas normativas, es decir, normas que circunscriben el ámbito material en que puede ejercerse una competencia normativa.

Tipos o clases de fuentes:

- *Fuentes-acto, Legislación y normas provenientes de autoridades políticas.*
- *Fuentes-hecho, costumbre jurídica y normas que provienen de ciertas prácticas sociales.*
- *Normas provenientes de autoridades jurisdiccionales.*
- *Derecho implícito: doctrina y principios implícitos*

Aproximación al concepto de Constitución

- El carácter político y jurídico de esta:
 - En este sentido se han formulado dos concepciones distintas de la idea de Constitución. De un lado, la Constitución como documento con un significado básicamente político y de otro, la Constitución como institución o realidad normativa.
 - La idea de que la Constitución es una norma jurídica puede ir unida a una segunda característica que hace referencia a la posición de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico. Es decir: la Constitución puede ser norma jurídica y, además, la norma jurídica suprema.

Constitución en sentido material y en sentido formal

- La Constitución en sentido material se entiende como conjunto de normas fundamentales. Es decir: cuando la Constitución es fuente originaria del derecho puede afirmarse que ocupa una posición distinta y superior respecto de otras normas, y tal superioridad puede ser entendida en sentido material.
 - Normas fundamentales: aquel conjunto de reglas esenciales que identifican y caracterizan a cada sistema jurídico.
 - Las normas que disciplinan la organización y el ejercicio del poder estatal en sus elementos básicos.
 - Las normas que regulan los derechos fundamentales. Esta es una característica exclusiva del constitucionalismo actual.
 - Las normas que expresan los valores o principios que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto
 - Las normas que regulan la creación del derecho.

Constitución rígidas y flexibles.

- Flexibles: Se denomina flexible a la Constitución formal que puede ser modificada por el poder legislativo ordinario siguiendo el mismo procedimiento de formación de la ley.
- Rígidas: Hace referencia a su función de fuente de Derecho que se distingue del resto de las fuentes en virtud de su supremacía, de su posición en la jerarquía de fuentes y de su fuerza. Esto significa, de un lado, que las normas constitucionales no pueden ser modificadas a través de las leyes, sino a través de un procedimiento más complejo.

La Constitución como criterio de legitimidad.

- La Constitución no sólo regula derechos y libertades fundamentales, así como los órganos y poderes del estado, sino que también plasma y proyecta hacia la realidad social un conjunto de ideas básicas que recorren todo el texto constitucional y explicitan el acuerdo básico de orden valorativo que se considera imprescindible y a la vez fundamental para la configuración misma del estado y la sociedad.

- **La** Constitución representa una toma de posición valorativa, un conjunto normativo coherente, cuya coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos principios comunes ordenadores. No es pues una norma neutra cuyos procedimientos pueden orientarse a cualquier fin.

La Ley

- La ley es una regla del derecho dictada de manera reflexionada y solemne por la autoridad legítima o bien común. No siempre el tratamiento que se hace al concepto de ley es uniforme: en ocasiones se denomina ley a todas las normas que sean escritas o no; otras veces, vista en sentido amplio, equivale a derecho objetivo, regulando todas las normas del ordenamiento jurídico.

Características de la ley:

- *Generalidad y abstracción*
 - Estos responden a la función propia del estado liberal del derecho; es decir que la intervención del estado es mínima.
- *Principio de legalidad*
 - Este implica la determinación de las relaciones entre la productividad normativa de la rama legislativa, la ley y la potestad parlamentaria.
 - La ley se impone sobre cualquier otra norma (**con excepción de la Constitución**).
 - El privilegio del legislador: expresa un régimen especial de la anulación de la ley.
 - La fuerza de la ley: la fuerza jurídica que el ordenamiento atribuye a la ley, **el principio de coacción**. Estas se dividen entre:
 - Fuerza activa
 - Fuerza pasiva
 - La reserva: la ley precede a cualquier otra norma.

Tipos de normas con fuerza de la ley:

Las leyes y sus clases:

- *Las leyes ordinarias.*
 - Es la norma de rango legal que constituye, generalmente, el primer escalón en la jerarquía jurídica de las leyes de un Estado, tras la Constitución.
- *Las leyes reservadas.*
 - Son normas producto de la actividad del poder legislativo.
- *Las normas delgadas.*
 - Son normas con rango de ley establecidas por el poder ejecutivo.
- *Las normas excepcionales dictadas por el poder ejecutivo.*
 - Se trata de normas dictadas autónomamente por el poder ejecutivo por razón ejecutivas.
- El bloque constitucional:
 - Conjunto de normas interpuestas entre la Constitución y las leyes que realizan la distribución y delimitación de las competencias entre los estados y las comunidades autónomas.

- **Los reglamentos:**
 - Son normas de rango inferior a las leyes dictadas por el poder ejecutivo estatal autonómico o local y que desarrollan disposiciones superiores con fuerza de la ley.
- **Concepto:**
 - Son aquellos actos de los que se deriva la producción de normas jurídicas.
- **Relaciones entre ley y costumbre:**
 - Las diferencias que se establecen entre la ley y costumbre estriban, fundamentalmente, en el que la ley es una norma explícita y **que existen** diferencias entre las creencias culturales y prácticas morales que rigen en la vida social.
 - Las tradiciones de sistemas jurídicos se caracterizarían pues por ser externos a las sociedades en las que rigen.

VI. Principios generales del derecho y la equidad

VI.1. Los principios como fuente del derecho

Existen tres dimensiones fundamentales de los principios jurídicos:

- Significado metodológico: Criterios orientadores de las normas jurídicas.
- Dimensión axiológica: Postulados éticos del orden jurídico.
- Carácter ontológico: Calidad de fuentes del derecho.

En este texto se tratan problemas como el término principio, que en lenguaje jurídico, se designa a distintos tipos de enunciados. También se discuten las distintas posiciones jurídicas de la naturaleza de los principios jurídicos: **específicamente**, a las dos concepciones básicas del derecho, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Los partidarios de perspectivas iusnaturalistas tradicionalmente han puesto el acento en la dimensión axiológica de éstos, y los entienden como postulados éticos anclados en la naturaleza humana previas a lo jurídico.

Pero la discusión se halla en dos posiciones:

- a. Aquellos que los conciben como verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón. Es decir **que** se tratan como enunciados eficaces con independencia del ordenamiento jurídico de una nación, de carácter previo y exterior a éste.
- b. Aquellos que entienden los principios generales como fenómeno originario. Al aplicar el Derecho se aplicarían también principios no extraídos inductivamente de los textos legales. Se tratan de elementos anclados en los datos permanentes de lo jurídico.

Los defensores de posturas positivistas consideran como principios generales a aquellas reglas que sirven de fundamento al Derecho positivo de cada país y presentan dos modalidades:

- a. Principios que son elaborados por los operadores jurídicos a partir de normas particulares. Están implícitos en un ordenamiento jurídico y se inducen por generalizaciones sucesivas de las disposiciones particulares de la ley.
- b. En determinadas ocasiones, como en el supuesto de los principios de rango constitucional, están incorporados al Derecho positivo.

Desde posturas iusnaturalistas los principios, son enunciados previos a lo jurídico, que deben informar el Derecho positivo. El reconocimiento de su existencia requiere un soporte legal. Para las posturas positivistas, los principios no serían universales, sino propios de cada nación y momento histórico determinado. En la práctica es frecuente que un principio considerado por posturas iusnaturalistas sea a la vez principio general del Derecho para las perspectivas positivistas.

Por ejemplo, los principios reconocidos en la Constitución española aparecen expresamente plasmados en el texto legal, informan el resto del ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico español, los principios generales del Derecho poseen carácter de fuente, subsidiariamente de la ley y la costumbre. Este sistema carece de precedentes en el ordenamiento jurídico; existe una falta de antecedentes históricos, por eso parece en sintonía con posturas iusnaturalistas. Por otro lado, se entiende que la función principal de los principios es informar el propio ordenamiento jurídico. Se afirma que la aplicación rígida del Derecho puede producir situaciones injustas. En esta Constitución se habla equidad, adaptación de la norma a la complejidad de la realidad. La equidad consiste en buscar un equilibrio entre la seguridad y la justicia, en perseguir una aplicación humana del Derecho y en ser consciente de las circunstancias irrepetibles de cada supuesto de hecho.

Para enfocar principios constitucionales de 1978, se debe partir del valor de norma suprema que en el ordenamiento jurídico. Los principios constitucionales son «supra principios jurídicos, punto de arranque de las restantes normas del ordenamiento jurídico».

Existen dos cuestiones principales hacia el problema de los principios constitucionales:

1. Poseen eficacia directa, son inmediatamente aplicables por los tribunales sin que precisen. Gozan de una garantía reforzada en caso de reforma constitucional. Pueden ser considerados jerárquicamente superiores al resto de normas constitucionales. Por lo tanto, despliegan su eficacia, en tres ámbitos:
 - a. Son fuentes de potestades de los poderes públicos y de garantías para los ciudadanos;
 - b. Actúan como criterios de interpretación y aplicación del Derecho. Además extienden esta función interpretativa al resto de normas constitucionales.
 - c. Actúan como directrices de actuación que proponen metas y consecución de fines a los poderes públicos.
 - d. Imponen límites jurídicos a la actuación de estos poderes públicos.
2. Un segundo tipo de cuestiones es la virtualidad simultánea de varios principios constitucionales. Es el problema de los operadores jurídicos a buscar un cierto equilibrio entre los principios en conflicto, sin obviar ninguno de ellos. Para hallar este punto hay dos posibilidades:
 - a. Graduar la respectiva importancia de cada principio, permitiendo un cierto juego del criterio jerárquico;
 - b. Atender también a la adecuación de cada uno de ellos al supuesto concreto.

VII. LA JURISPRUDENCIA

VII.1. Concepto

La cultura jurídica de la codificación debía presentar un sistema de fuentes que garantizase que los jueces siempre podrían resolver los casos que se pudiesen plantear. Estas fuentes eran, exclusivamente, la ley, la costumbre y los principios generales. Pero desde hace algunas décadas se ha defendido la necesidad de considerar a la jurisprudencia como verdadera fuente del Derecho.

La palabra «jurisprudencia», en España, se ha venido distinguiendo con dos acepciones. Un punto de vista amplio es la doctrina que emana de cualquier Tribunal, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Por el contrario, según una acepción estricta, es la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

VII.2. Sistema continental y sistema anglosajón

Históricamente la jurisprudencia ha tenido una gran importancia, siendo reconocida en muchos casos como verdadera fuente del Derecho. Así, en la época clásica romana, el derecho consiste exclusivamente en los escritos hechos por los “conocedores del derecho” o “iuris prudentes”, por ende, la jurisprudencia se constituyó como una fuente del derecho por muchos años. Sin embargo, a través de los años esta idea fue cambiando a través de épocas como la post-clásica al igual que la revolución francesa. En la última, se acogió un modelo de separación de poderes, dentro de este se descarta a la jurisprudencia como fuente de derecho.

Sin embargo, en los países de ascendencia anglo-americana se desarrolló otro modelo, donde se expone el precedente legal como máxima fuente de derecho, bajo ciertos parámetros (se aplica el principio ópera vertical y horizontal) es decir que los tribunales inferiores se deben regir por el precedente de los superiores, pero al mismo tiempo debe mostrar coherencia a sus decisiones anterior como tribunal, sin importar cual sea.

En la actualidad, el debate acerca todo esto se centra en el alcance y el contenido de la jurisprudencia como labor judicial.

VII.3. La Jurisprudencia como Fuente del Derecho

En la actualidad al igual que los sistemas jurídicos continentales reconocen al juez como el productor del derecho. De cualquier manera, la actividad judicial se expresa mediante la utilización de complejos criterios no necesariamente extraídos lógicamente de la norma. Por ende, no existe una forma exclusiva para la producción del derecho. Esto significa que el ordenamiento jurídico es una pluralidad de elementos de diverso tipo. Esto conlleva a que el derecho judicial se deba integrar en un ordenamiento como un modo más de producción normativa.

Por otro lado, está el punto de vista de Hart quien dice que la ley no es un proceso cerrado, completo, que prevé y tiene soluciones para todos los casos posibles. Dejando como conclusión que los tribunales desempeñan una función de producción normativa.

Por último se muestran tres distintivos para el estudio de los cauces mediante los cuales el juez crea realmente el derecho.

1. A través de la interpretación de las normas generales y ambiguas.
2. El dogma de la plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico.
3. La creación del derecho a través de la preservación de la unidad y la coherencia de un ordenamiento jurídico.

clásica romana (130 a. C. - 230 d. C.) el Derecho consistió, fundamentalmente, en los escritos de los «iuris prudentes» o conocedores del Derecho. Sus interpretaciones poseían verdadero valor de fuente, aún por encima del órgano legislativo (Losano). Como señala Lombardi, la jurisprudencia llegó a ser, en rigor, la única fuente de conocimiento y producción del Derecho a nivel de norma general. Las respuestas de los jurisprudentes, ya fueran orales o escritas, ocupaban claramente el lugar de la ley.

Este sistema, sin embargo, no pervivió. La época postclásica se caracterizó, en este punto, por una supremacía de la voluntad del legislador y, con ella, la progresiva eliminación de la libertad de la que anteriormente había disfrutado la jurisprudencia.

Sobre todo tras la Revolución francesa, y con ella la implantación del principio de primacía de la ley, la jurisprudencia sufrió, en los países de tradición romanística, un importante retroceso en su papel de fuente jurídica. La doctrina revolucionaria, de acuerdo con el dogma de la separación de poderes, distinguía claramente la creación de la norma, encargada al órgano legislativo, de su mera aplicación, encomendada al judicial. De acuerdo con este esquema, es evidente que la jurisprudencia quedaba despojada de todo carácter de fuente del Derecho.

Pero frente a esta evolución de la jurisprudencia en las naciones latinas y germánicas, el Derecho de tradición anglo-americana creó y mantiene una institución de características distintas. En estos países el Derecho se consolida en torno a precedentes judiciales, de modo que se atribuye una fuerza vinculante al criterio con que el mismo u otro Tribunal han resuelto previamente casos semejantes al que es objeto de deliberación. Esta regla, conocida como «stare decisis», ha determinado que, en buena medida, el Derecho de estos países haya sido creado judicialmente. El principio opera vertical y horizontalmente. Por un lado exige que los Tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por los de rango superior. Horizontalmente vincula a los propios Tribunales en el sentido de sus decisiones anteriores. Este sistema, sin embargo, y al menos en Inglaterra, tiende en los últimos decenios a hacerse más flexible.

Volviendo a los países de tradición romanística, debemos preguntarnos cuál es el valor que en ellos posee la jurisprudencia, o lo que es lo mismo, si en la actualidad tiene el carácter de fuente del Derecho. Precisamente uno de los temas más controvertidos de la teoría del Derecho contemporánea se refiere a la determinación del alcance y del contenido de esta labor judicial. En este sentido, y como señala Ruiz Miguel, la polémica gira en torno al lugar que ocupa la actividad judicial en ese conjunto específico de normas que viene denominándose ordenamiento jurídico.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal

1- El bloque constitucional: introducción conceptual e histórica

El Bloque de Constitucionalidad contiene normas internacionales, que sirven de herramienta a la Constitución de 1991 y al ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de establecer garantías y libertades que deben tener las personas, tal y como lo establecen los Derechos Humanos. La importancia del Bloque de Constitucionalidad se basa en que la constitución misma no es tan amplia para abarcar todos los asuntos referentes a la constitucionalidad de una nación; de esta manera, se requiere que este Bloque de Constitucionalidad haga de la Constitución un cuerpo normativo más dinámico, en la cual se puedan atender otros tipos de asuntos normativos que vayan acorde con los cambios sociales que ocurren en el mundo.

El Bloque de Constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que no hacen parte del texto formal de la Constitución, pero que han sido integrados por otras vías, y que, por esta razón, sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes. El Bloque de Constitucionalidad es una de las más importantes contribuciones de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano. Sin embargo, el Bloque de Constitucionalidad tiene un riesgo al hablar de seguridad jurídica, ya que permite a ciertos operadores jurídicos utilizar en forma indebida determinados derechos fundamentales establecidos en normas o principios que no están contenidos en el texto constitucional.

2. El bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica colombiana

En primer lugar, al hablar de normas convencionales, el juez constitucional ha sido designado para exigir el reconocimiento de un derecho humano; es decir, ante una gran cantidad de tratados internacionales cuyo carácter es universal. Sin embargo, una segunda condición se deriva del artículo 93 de la Constitución: *“el derecho humano en mención debe ser de aquellos que no son susceptibles de limitación bajo estados de excepción”*, con lo cual, se reduce a los instrumentos internacionales que recoge el derecho internacional humanitario, por tratarse precisamente de una normatividad aplicable a situaciones de grave anormalidad. El Bloque de Constitucionalidad nos permite hablar de la Constitución global del Estado.

3. A título de conclusión: evaluación y propuesta de sistematización dogmática.

“A propósito de los convenios internacionales del trabajo, la propia Constitución se encarga de definir el rango normativo de que gozan sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico nacional: “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (C.P. art. 53). La sala cuarta ha decidido modificar esta norma constitucional atribuyendo a los convenios internacionales de trabajo el carácter de normas constitucionales, calificación que igualmente extiende a las recomendaciones que fluyen de los órganos de control de la O.I.T.

“Aunque no puede excluirse que algunas normas relativas al derecho internacional del trabajo puedan, por su contenido y alcance, ser consideradas fuentes directas de derechos humanos no restringibles en los estados de excepción, definitivamente ese no es el caso de la regulación atinente a la calificación de los servicios públicos como esenciales o a la designación del órgano interno llamado a resolver sobre la ilegalidad de un determinado cese de actividades. La

generalidad del derecho internacional del trabajo, de impronta universal, no es compatible con esta suerte de normativa que se desarrolla a nivel interno de los países, desde luego con sujeción a los principios generales consagrados en los convenios. En la sentencia de la sala cuarta no se hace ningún análisis sobre las normas internacionales relacionadas con esta precisa materia, ni sobre su supuesta indisponibilidad. Resulta, por tanto, aventurado que in genere convenios y recomendaciones de órganos de control de la O.I.T., se integren al bloque de constitucionalidad.” (Rodrigo Uprimny ,1990)

Con respecto a lo anterior, se puede concluir que el bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia colombiana ha sido fructífera pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Igualmente es claro que la jurisprudencia de las instancias internacionales, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, tiene una cierta fuerza jurídica interna, en la medida en que constituyen pautas relevantes sobre la interpretación de los derechos constitucionales.

- Rodrigo Uprimny (1990) La dialéctica de los derechos humanos en Colombia. Bogotá, FUAC
- Rodrigo Uprimny (1991) "Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte" en Gustavo Gallón (Comp) Guerra y Constituyente. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Alejandro Olano.(1995) "La constitucionalidad bloquea" ¿Cuáles son y cuáles son los derechos fundamentales? Jurídica básico. Madrid: Civitas
- Carlos E Valencia García (1990) "Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos" en Gustavo Gallón (Comp) *Espacios internacionales para la justicia colombiana*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para enfocarnos en el siguiente tema, es importante hacer una recolección de los conceptos anteriores, especialmente la jerarquía. En esta sección se tomará en cuenta especialmente lo mencionado sobre las fuentes del derecho y la fuerza de ley que cada fuente tiene. Ahora bien, Hans Kelsen es un jurista conocido por una de las teorías más aclamadas por el derecho. Kelsen encontró en uno de sus análisis, que las leyes estaban organizadas por su jerarquía en forma de pirámide. Eso no solo implica que una es mayor jurídicamente que la otra, sino que entre más arriba, más fuerza de ley tienen. Y que además, una norma inferior a otra no puede tomar poder sobre ella. Es aquí donde nos encontramos con la pirámide de Kelsen del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es ese conjunto de normas jurídicas que hacen

parte del sistema de derecho de un país. La pirámide de Kelsen claramente se ve alterada por las reglamentaciones internas de cada país, pues no para todos la fuerza de las leyes está organizada de la misma forma.



Enfocando la pirámide en el caso del ordenamiento Colombiano, encontramos una sumatoria de todo lo que fue mencionado sobre las fuentes de derecho. En la parte de arriba y conocida como la norma de normas está la constitución. Esta tiene fuerza suprema de ley, por lo que todas deben seguirla bajo cualquier parámetro. La Constitución, comúnmente referida como la “ley de leyes”, tiene gran importancia pues establece los deberes y derechos de los ciudadanos, y el funcionamiento de poderes del gobierno y del estado. Como lo vemos en las imágenes (que cabe aclarar que se complementan entre sí) no solo está en la parte de arriba la Constitución, también se incluye el Bloque de Constitucionalidad, es decir aquellas normas que no son directamente incluidas en la Constitución, pero se vinculan y se desprenden de la misma, y las Sentencias tipo C emitidas por la Corte Constitucional. ¿Por qué las sentencias se incluyen en esta parte si se supone que la jurisprudencia es la norma con menos fuerza y supremacía? Pues su mismo nombre y emisor lo explica todo. Las Sentencias tipo C (constitucionales) están situadas a la par de la Constitución, pues su materia es la que contiene la fuerza de ley.

Luego están las normas emitidas por la rama **legislativa**, con fuerza vinculante obligatoria: las leyes y demás escritos **legislativos**. Como vemos en la imagen, encontramos los decretos, que son otro tipo de normatividad de esta rama. Luego encontramos la parte cuyo actor es la rama ejecutiva. Como vimos la rama ejecutiva emite reglamentos, pero también otro tipo de documentos como los acuerdos y resoluciones. Un perfecto ejemplo de un acuerdo emitido por la rama ejecutiva, es el Acuerdo de Paz. El Acuerdo de Paz fue emitido y firmado por el Presidente de la República de su momento, Juan Manuel Santos.

Por último nos encontramos con la rama judicial, encargada de la jurisprudencia. Siendo esta **una de las fuentes** más problemáticas, tiende a ocupar el último lugar en cuestiones de fuerza de ley. Se pone en duda si esta realmente crea el derecho o solo lo interpreta. Las Cortes **son** constantemente criticadas y juzgadas por **esto**, pero no podemos olvidar que de esta fuente “poco aclamada” sale la Corte Constitucional encargada **de** proteger a toda costa la Constitución. Aunque sea la única con supremacía notable, las demás Cortes tienen un constante empeño en proteger el Derecho.

Bibliografía:

Escuela Penitenciaria Nacional. (2019). *Colombia y los tratados internacionales de derechos humanos: la pirámide normativa*. Retrieved from http://epn.gov.co/elearning/distinguidos/DDHH/23_colombia_y_los_tratados_internacionales_de_derecho

Sotelo, J. (2018). *Ordenamiento Jurídico y Normativo Colombiano*. Retrieved from <https://prezi.com/p/ql3pugbpy8xs/ordenamiento-juridico-y-normativo-colombiano/>

EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Históricamente la fuente de la jurisprudencia nunca ha sido reconocida como fuente creadora o fuente necesaria en sí. Eso es lo que propone el tradicionalismo jurídico; la jurisprudencia es solamente una fuente auxiliar encargada de resolver problemas de interpretación y **de** llenar las lagunas. En el caso **colombiano**, se ha tomado dentro del tradicionalismo de la jurisprudencia el concepto de doctrina probable y doctrina constitucional. La doctrina probable es la que está conformada por tres sentencias de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, hablando todas de la misma materia. La doctrina probable no sería precedente obligatorio pues está más ligada a ser interpartes. Por eso mismo y en consecuencia de que la jurisprudencia colombiana busca generalidad, esta doctrina no tuvo mucho uso ni éxito en la jurisprudencia. La doctrina constitucional por otro lado tiene fuerza integradora en casos en los que interprete y se haga cargo de las lagunas.

Cuando en 1991 se crea la Corte Constitucional, hay una postura ya muy establecida frente al precedente judicial como una fuente auxiliar del derecho. La lucha estuvo en que el tradicionalismo con el que se veían las fuentes estaba muy establecido en la misma Corte y sus magistrados. Mediante varios decretos, especialmente en 2067 de 1991, se intentó dar obligatoriedad a las sentencias y aumentar el poder del precedente. No obstante, la Corte declaró muchos de estos decretos reduciendo y sintetizando la verdadera forma en la que se debería tomar el precedente y cuál sería su fuerza como fuente del derecho.

El proceso de reducción y precisión de la importancia del precedente empieza por hablar de su obligatoriedad. La Corte en su sentencia C-113 de 1993 explica que el precedente será obligatorio para las partes que se ven vinculadas al proceso y la sentencia, y cuando se esté hablando de la constitucionalidad de una norma. Por otro lado, se usó también el argumento de autonomía jurídica¹. Luego en el decreto se dice que el precedente es fuente “auxiliar obligatoria” lo que en sí no tiene mucho sentido, pues el mismo término se contradice él mismo. Luego de esto la Corte empieza a tomar un rumbo de obligatoriedad frente a las tutelas. En las sentencias tipo T, **se** empezó a unificar, por lo que ahí declaraba que los casos que siguieran ciertas características como los de la tutela presentada, **debían** entonces ver dicho

¹ La autonomía jurídica se refiere a ese poder de interpretación que tiene cada juez, a aplicar sus criterios de interpretación que se ajusten mejor a dar solución al caso. Esto implica que no todos los jueces fallan de la misma forma, pues los criterios y ratio decidendi de cada uno es distinto.

precedente como obligatorio. Esto en sí va dando también una forma al concepto de doctrina constitucional y su carácter vinculante. Igualmente es importante decir que el ser obligatorio va para las sentencias específicamente de unificación. Más tarde esto se rectifica pues la misma Corte reitera que tiene poder obligatorio cuando revisa la constitucionalidad de una norma, y no solo en interpretaciones de tutelas por un juez (esto en la tutela C-131/93).

Pero la discusión se centra dentro de la Corte con los mismos Magistrados. La doctrina constitucional se vio dividida entre la interpretativa y la integradora. La integradora haciendo referencia a llenar las lagunas, es la que suponían que era la única que debía ser obligatoria, más la interpretativa no, por aquello de la autonomía jurídica. No obstante, otros decían que la interpretativa también debía ser obligatoria, pues generaba pautas para una unificación completa entre las Altas Cortes y los Jueces. No obstante, la Corte se tuvo que introducir a un cambio muy grande, por la cantidad de interpretaciones que había sobre una materia. Por esto se decide que las materias de derechos humanos tienen que ser seguidas y tenidas en cuenta por los demás organismos de la jurisprudencia, pues por ser este interpretador constitucional, al dictar algo tiene que ser cumplido debido por aquello de la constitucionalidad. Esto lleva a que haya una obligatoriedad frente a la doctrina constitucional interpretativa. (T-260/95)

No obstante, el Congreso de la República sale a la lucha contra la Corte, pues se estaría evidenciando un exceso de poder por parte de la Corte, pues no es de su competencia establecer cómo debería ser vista una ley. Eso en sí, es poder del Congreso de la República al momento de hacer las leyes. Es decir, se genera la idea de concentración en la rama judicial con esta nueva manera de proceder. Por esto, el Congreso emitió la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la cual vuelve al tradicionalismo de las fuentes de derecho en la que la jurisprudencia es meramente auxiliar. En esta Ley, el Congreso dice además que el poder interpretativo obligatorio está en la interpretación que de la legislación. La Corte claramente no admitió esto declarando la ley inexecutable, por el principio de autonomía jurídica. Continuaron los choques entre la Corte y el Congreso, pues el segundo actor consideraba que la Corte estaba haciendo lo que le pareciera y se estaba autorregulando en temas en los que no era admisible, como lo era su lugar como fuente de derecho auxiliar u obligatoria.

Al final la Corte se establece bajo unos principios claros en cuanto a la obligatoriedad de su precedente. Claramente la doctrina constitucional, en cuanto a la revisión de normas es obligatoria por ser defensora de la Constitución y su amplio cumplimiento. En cuanto a las acciones de tutela; las posiciones tradicionalistas siguen siendo presentadas, sin embargo se ha llegado a lo que es un balance jurídico, en el que hay un acuerdo central entre las dos posiciones extremas. (tradicionalista y reformista). Las tutelas que en sí serían de carácter obligatorio son las tutelas de unificación, pues establecen seguridad jurídica y resaltan el principio de igualdad. No obstante, si un juez quiere adherirse a otra salida y otro argumento contrario al de la sentencia, este debe igualmente tomar en cuenta la sentencia de tutela anterior y explicar de forma completa por qué no se guía bajo la anterior resolución. Si no hace esto, estaría incumpliendo el principio de igualdad y podría ser tutelada. Por otro lado, las acciones de tutela que no sean de unificación serán interpartes.

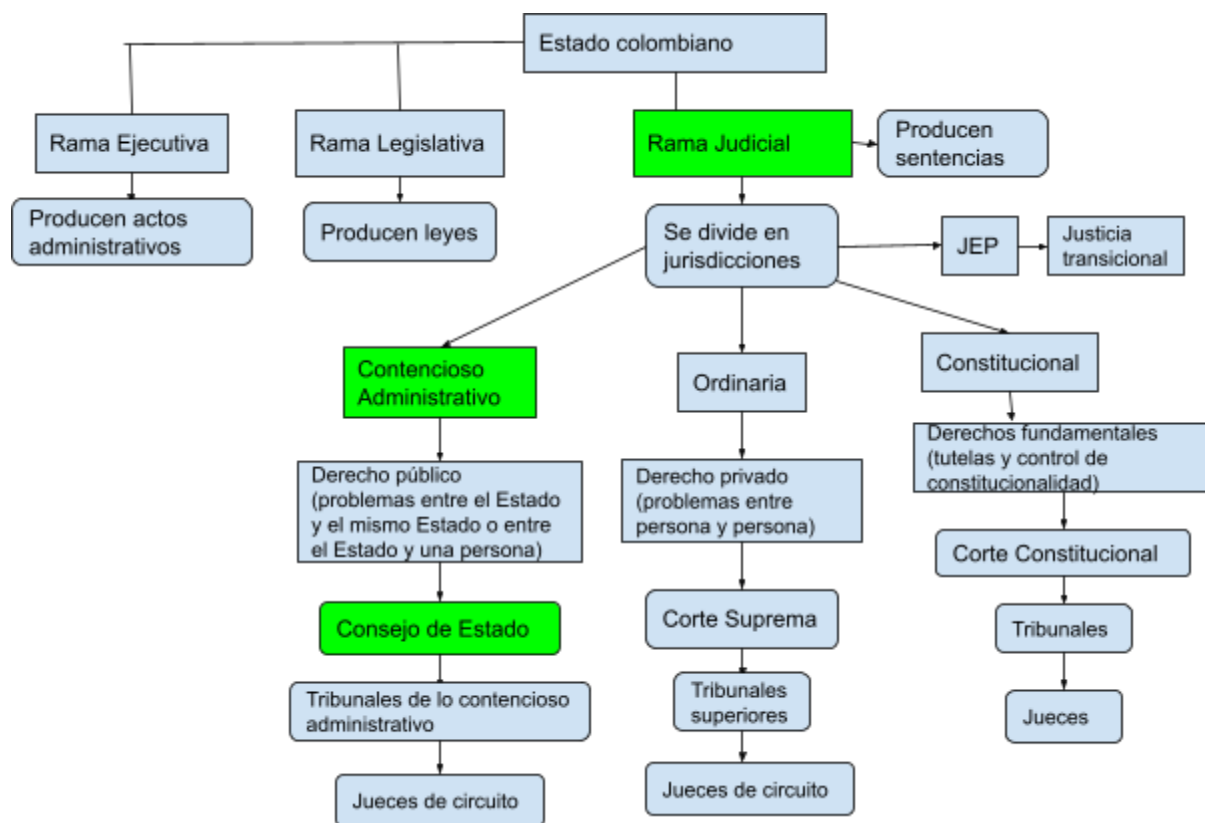
Bibliografía:

Lopez, D (2001) *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.

CONSEJO DE ESTADO

Antes de explicar qué es y qué hace el Consejo de Estado debemos entender la estructura y organización del Estado colombiano.

ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO COLOMBIANO:



FUNCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO:

- 1) Es el Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto quiere decir que el Consejo de Estado funciona como **última instancia** de un caso; el caso debe pasar primero por un juzgado (primera instancia), y si no se está de acuerdo con el fallo, pasa a un tribunal (segunda instancia). En caso de no estar de acuerdo con ese fallo, el caso **sí** pasa a ser tratado por el Consejo de Estado (última instancia).
- 2) Es el cuerpo supremo consultivo del Gobierno nacional en asuntos administrativos (el gobierno le pide asesoría al Consejo de Estado).

- 3) Es un tribunal constitucional en relación con los derechos que no competen a la Corte Constitucional.
- 4) Es juez de los miembros del Congreso de la República.

El Consejo de Estado puede presentar un proyecto de ley.

FUENTES DE DERECHO QUE UTILIZA CONSEJO DE ESTADO

- Al momento de tomar una decisión frente a un caso, los jueces y magistrados deben utilizar fuentes del derecho: en Colombia, la ley suprema es la [Constitución de 1991](#). Todas las leyes, sentencias, fuentes de derecho y demás producciones jurídicas deben seguir la Constitución.
- El Consejo de Estado tiene como herramienta jurídica la [ley 1437 de 2011, CPACA](#) (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). La CPACA se divide en dos partes: el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial.
- Al momento de fallar, es muy importante tener en cuenta el precedente jurisprudencial (lo que ya ha dicho la Corte respecto a casos similares).

ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

- Se divide en 2 salas: la de lo Contencioso Administrativo, que cumple una función judicial (27 magistrados), y la de Consulta y Servicio Civil, que cumple una función consultiva (4 magistrados).
- La Sala de lo Contencioso Administrativo se divide en cinco secciones:
Sección Primera: trata todos los casos que no entren en las demás secciones (4 magistrados).
Sección Segunda: Asuntos laborales (se divide en dos subsecciones y hay 3 magistrados por subsección).
Sección Tercera: Trata asuntos de contratación y de responsabilidad extracontractual (se divide en tres subsecciones y hay 3 magistrados por subsección).
Sección Cuarta: Asuntos tributarios (4 magistrados).
Sección Quinta: Asuntos electorales (4 magistrados).
- La Sala de Consulta y Servicio Civil **no** trata temas jurisdiccionales; funciona solamente como órgano consultivo. Esta Sala puede revisar proyectos de ley y pronunciarse sobre ellos.
- La Sala Plena incluye a los 31 magistrados. Estos se reúnen para discutir un caso particularmente controversial.

MAGISTRADOS EN EL CONSEJO DE ESTADO

La ley ha dispuesto que el Consejo de Estado tenga 31 magistrados que son elegidos por la Sala Plena, por un periodo de 8 años, de una lista de candidatos propuesta por la Sala Administrativa del [Consejo Superior de la Judicatura](#).

Consejo de Estado. (2019, Junio 19). *Nuestra Institución | Consejo de Estado*. Consejo de Estado | Consejo de Estado Colombiano.
<http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/nuestra-institucion/>

Hernández Becerra, A. (2017, Marzo 17). *EL SISTEMA COLOMBIANO DE JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA*. Issuu.
https://issuu.com/estudiolegalhernandez/docs/ahb._el_sistema_colombiano_de_justi