

ENSAYOS JURIDICOS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

LAS FUENTES EN EL DERECHO COLOMBIANO

Por
LIBARDO ORLANDO RIASCOS GOMEZ
Doctor en Derecho
Lriascos@udenar.edu.co
2008

LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL Y EL SISTEMA DE FUENTES FORMALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

SEGUNDA PARTE

2. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 2.1. [Fuentes del Derecho](#)
- 2.2. [Las fuentes formales del Derecho administrativo Español](#)
- 2.2.1. Las fuentes del derecho administrativo según Martín Mateo
- 2.2.2. Las fuentes del derecho administrativo según Entrena Cuesta
- 2.3. [Las fuentes del derecho administrativo colombiano](#)
- 2.3.1. Las fuentes de fuentes: Las normas jurídicas constitucionales
- 2.3.1.1. La Constitución Política de Colombia de 1991
- 2.3.1.2. Los actos legislativos como actos jurídicos del Congreso de la República
- 2.3.1.3. El Referéndum como mecanismo de reforma del Pueblo
- 2.3.2. [Las Fuentes principales o creadoras del derecho](#)
- 2.3.2.1. Las leyes del Congreso de la República
- 2.3.2.2. Los Decretos “ con fuerza de ley” del legislador extraordinario: El Presidente y el Gobierno Nacional
- 2.3.2.3. Los Actos administrativos nacionales, seccionales y locales
- 2.3.3. [Las fuentes accesorias, auxiliares o complementarias del derecho](#)
- 2.3.3.1. La Jurisprudencia
- 2.3.3.2. La Doctrina
- 2.3.3.3. La Costumbre *praeter legem*
- 2.3.3.4. Los principios universales del derecho
- 2.3.4. [Formas de integración del derecho](#)
- 2.3.4.1. La Equidad natural
- 2.3.4.2. La Analogía

2. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

2.1. FUENTES DEL DERECHO

Fuente proviene del latín *Fons-Fontis*, origen, hecho, ocasión o lugar donde se origina o de donde procede algo o alguna cosa. Aplicando el término a las ciencias jurídicas, significaría modo, forma o manantial de donde brota o se origina el derecho. Si particularizamos en el

área jurídica que venimos comentando, diremos que fuente del derecho administrativo o socio-estativo colombiano, es aquél brote primario de carácter normativo de la actividad, gestión o acción del Estado o de las personas privadas con función pública, o brote secundario de la actividad interpretativa, complementaria o integradora del derecho realizada por organismos jurisdiccionales constitucionales o contencioso administrativos, por órganos jurisdiccionales internacionales o por aplicación de principios universales no escritos del derecho.

En la doctrina universal, la clasificación más universal de las fuentes es aquella que denota a las fuentes formales y las fuentes reales, según *Julien BONNECASE* ⁽²²⁾. Las fuentes formales son aquellas que adquieren validez y eficacia, sólo cuando regulan conductas humanas o institucionales que previamente han sido elevadas a rango constitucional por actos soberanos del pueblo o los organismos legislativos ordinarios o extraordinarios y adquieren la calidad de normas jurídicas, de aplicabilidad general a toda una sociedad y con efectos jurídicos *erga omnes*, a todos los habitantes, ciudadanos o administrados de un Estado. Igualmente constituyen normas jurídicas aquellos actos jurídicos producidos por la Administración Pública nacional, seccional y local y organismos estatales y personas privadas cuando unas y otras cumplen funciones públicas. Es lo que se llama actos administrativos.

Las primeras normas jurídicas, en nuestro país, configuran la Constitución Política del Estado, vale decir, las normas jurídicas constitucionales o "*norma normarum*". Hacen parte de éstas las siguientes: Los Actos Legislativos emitidos por el Congreso de la República; Los actos jurídicos constituyentes adoptados por la Asamblea Nacional Constituyente y los Actos jurídicos constituyentes adoptados por el Pueblo mediante Referéndum o plebiscito. Esto es lo que se llama "*derecho originario*" ⁽²³⁾ de un Estado.

Las segundas normas jurídicas, son aquellas expedidas por el legislador primario y se denominan leyes y en nuestro país, son de diversas clases, contenidos, trámite legislativo y aún efectos jurídicos según sean Estatutarias, Orgánicas, Ordinarias, Marco, aprobatorias de tratados públicos, etc., lo cual ha dado lugar a críticas fundadas, pues se dice que la ley es la ley y no tiene porque adquirir formas diversas ni menos aún efectos jurídicos diferentes que a "*nada útil conduce*" ⁽²⁴⁾ en la práctica social, jurídica y política de un Estado. Sin embargo, hay quienes defienden la diferencia, pues ella esta justificada en la misma Constitución de 1991, al menos para las leyes Estatutarias, Orgánicas y Ordinarias, a tal punto que siendo las Estatutarias de mayor relevancia entre las demás, se justifica la temática y diferencia esencial que manejan, baste observar que la Ley Estatutaria de la Justicia, por ejemplo tiene como "*cometido esencial: realizar la paz por medio de la eficacia del derecho*" ⁽²⁵⁾. Más adelante profundizaremos sobre el particular.

Con iguales efectos jurídicos, ámbito y aplicabilidad *erga omnes* de las leyes y se catalogan de normas jurídicas los "*Decretos con fuerza de ley*" expedidos por el Gobierno Nacional con base en las atribuciones legislativas excepcionales suministradas por la Constitución o el legislador primario.

Finalmente, hacen parte de esas normas jurídicas los actos administrativos de ámbito, efectos jurídicos y cobertura puntual: nacional, seccional (departamental y provincial) y local (municipal y Distrital).

Las normas jurídicas producidas por el legislador ordinario (Congreso) el legislador extraordinario (El Gobierno Nacional) y por los diferentes organismos estatales, Administración Pública y las personas privadas con función pública, es lo que se denomina "*derecho derivado*" ⁽²⁶⁾ o secundario del Estado.

Este conjunto de normas jurídicas (constitucionales, legales y jurídico-administrativas) constituyen *ab initio* el llamado derecho positivo u ordenamiento jurídico vigente de un Estado o *fuentes escritas del derecho*.

Se consideran *fuentes no escritas del derecho* ⁽²⁷⁾: la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios universales del derecho, porque no se limitan a la trascripción de las normas jurídicas sino que van más allá, a escudriñar el espíritu o esencia del derecho positivo con métodos, procedimientos, argumentos, casuística o con el paso inexorable del tiempo útil, eficaz, connotado y con efectos jurídicos, tal como puntualizaremos más adelante.

Las fuentes reales, por su parte, son aquellas situaciones o principios que constituyen el elemento medular o sustancial de las normas jurídicas. En otros términos, son las vivencias reales, la conducta humana diaria que pretende regularse por normas jurídicas. Los cambios sociales, políticos, económicos que operan en la sociedad, son los que dan el piso real y sustancial a la creación del ordenamiento jurídico vigente en un Estado.

En el presente ensayo jurídico, abordaremos el estudio de las fuentes escritas y no escritas del derecho administrativo colombiano o *fuentes formales* como se conoce genéricamente. En tal virtud, haremos un estudio de las fuentes en el derecho ibérico y luego profundizaremos en nuestro derecho público.

2.2. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

2.2.1. Las fuentes del derecho administrativo según Martín Mateo

En el Derecho Administrativo Español, las fuentes se clasifican según *MARTIN MATEO* ⁽²⁸⁾, en: 1) Primarias, 2) Complementarias y 3) Aclaratorias.

1.- **Fuentes Primarias.** Son aquellas que nos proporcionan un derecho directamente aplicable por sí misma. Estas son: a) Las Leyes emitidas por el Parlamento, las Cortes y los órganos Soberanos; y, b) Los Reglamentos emanados de la Administración o de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Estos reglamentos o disposiciones administrativas o normativas se consideran como "*normas jurídicas*", parte integrante del Ordenamiento Jurídico Español. En Colombia, se denominan "actos administrativos generales, impersonales u objetivos.

Las Fuentes primarias siendo fuentes escritas se caracterizan por ser generales, jerarquizadas, tienen pervivencia hasta su derogación y consecuentemente tienen vocación hacia el futuro.

Que sean Generales, significa que normas jurídicas contienen un predicamento o regla general, abstracta, dirigida a una pluralidad de sujetos.

Que sean Publicitadas, se entiende que las normas jurídicas deben publicarse mediante los mecanismos idóneos. No se admiten, por tanto, normas secretas.

Que sean Jerarquizadas, significa que las normas superiores pueden modificar o derogar las de categoría igual o inferior (jamás en sentido inverso) en el continuo evolucionar del Ordenamiento Jurídico. Así, una Ley esta por encima de un Decreto, éste por sobre una Orden Ministerial y así sucesivamente.

Que tengan Pervivencia hasta su derogación, significa que la norma jurídica tenga vigencia en el tiempo. En tal virtud, sólo podrá derogarse, cambiarse o modificarse una norma desde el momento mismo de la expedición de una nueva norma, la cual sea posterior y con vigencia hacia el futuro.

Esta característica normativa conlleva a otra que es consecuente: *La Vocación hacia el futuro*, es decir, que su vida se predispone desde el momento de la emisión y la publicación hacia el futuro. Por excepción y en forma expresa, se predica la "*retroactividad*" (el pasado) de la

norma, como cuando se prevé la modificación de derechos adquiridos, o situaciones ya extinguidas v.gr. "*consecuencias de un conflicto bélico*".

2.- Fuentes complementarias. Las fuentes complementarias nacen tras la vigencia de las fuentes primarias. Estas Son: a) la Costumbre, b) los principios generales del derecho y, c) los tratados internacionales.

La Costumbre. Una costumbre *secundum legem*, (no contraria a la ley) puede tener importancia en el derecho administrativo siempre que sea recogida por un texto normativo.

Los principios generales del derecho. No constituyen fuente en sí mismo, pero sí son aplicables al caso concreto y en un momento histórico determinado. Estos principios rectores intemporales y ahistóricos (conformadores de un Derecho Natural, que no parece posible, según lo reconoce el autor citado) parecen no existir en el mundo jurídico actual. El principio de igualdad ante la ley, el principio de equidad de trato, el principio de prohibición de actuaciones arbitrarias, como principios generales del derecho de los cuales se extraen consecuencias jurídicas son invocables directamente ante el Juez para obtener un fallo favorable al caso concreto.

Tratados Internacionales. Estos tratados en tanto no sean ratificados e incorporados al Ordenamiento jurídico interno, conforman una fuente complementaria, *contrario sensu*, pasan a formar parte de las fuentes directas del derecho administrativo, siempre que se refieran a la materia y la cobertura de ésta área del derecho. Sin embargo, si no son ratificados o incorporados al derecho interno, consideramos que no pueden llamarse "Tratados" pues no se ha completado las etapas o fases (administrativa, legislativa y sancionatoria) para convertirse en tales. Pese a ello, el autor citado en cualquiera de los eventos lo considera "tratado".

3.- Fuentes Aclaratorias. Se consideran fuentes orientadoras del sentido y alcance del contenido normativo expreso en las normas jurídicas del "legislador". Estas son: a) La Jurisprudencia; y, b) La Doctrina científica.

La Jurisprudencia. En la solución de conflictos y en la aplicación de la norma escrita, se originan criterios de opinión congruentes por parte de los jueces para explicar lo que quiso decir el legislador en la norma.

"No se trata de innovar el derecho por obra del Juez. Así como el ordenamiento anglosajón es fundamentalmente jurisprudencial y está hecho sobre decisiones judiciales, la mayor estatalidad del derecho continental (dentro del cual está el ibérico) hace que el juez sea únicamente un aplicador de la ley". ⁽²⁹⁾

Sin embargo, el autor acepta que por "*reacción sicológica*", las posiciones jurisprudenciales que se adopten al interpretar una norma jurídica y sí esta es reiterada, se deberá "*sospechar*", que los posteriores fallos en casos similares deberán tomar la dirección, sentido y criterios expuestos por otro juzgador. Esta innegable postura del juzgador creador de jurisprudencia nos indica que no sólo es una reacción sicológica que cunde en los estrados judiciales sino en una línea de conducta y hermenéutica del derecho que lo actualiza, armoniza y evoluciona, pero no lo crea.

Doctrina Científica. Es innegable que el derecho estudiado, analizado por quienes concienzudamente dan pautas para su interpretación son un objeto más de racionalización de la norma jurídica, y por tanto, fuente del derecho. Aunque se reconoce que en España, no existe la incidencia de la doctrina que tiene en otros países como Francia, por ejemplo, el derecho administrativo ha tenido grandes avances a partir de la doctrina oportuna, veraz y científica.

2.2.2. Las fuentes del derecho administrativo según Entrena Cuesta.

ENTRANA CUESTA ⁽³⁰⁾, dedica un amplio estudio a las fuentes del derecho administrativos, quizá porque del dominio y análisis del tema surge o no la cobertura real de esta área especializada del derecho. En consecuencia, el autor, clasifica las fuentes en: a) Fuentes Directas, y b) Fuentes indirectas o subsidiarias.

La Administración del Estado esta sometida al ordenamiento jurídico (o a la "ley" como dice el autor citado recogiendo la normatividad vigente) en cualquier "Estado de Derecho". En el caso español esta es una realidad que debe tomársela desde el punto de vista más amplio que en el Colombiano. En efecto, la ley se la considera, según el autor citado, como "*norma jurídica, cualquiera sea la fuerza social que la produzca --el Estado, la Sociedad...-- o los actos o hechos a través de los hechos que se exteriorice --La Ley, El Reglamento, la Costumbre...--*". Así, el concepto de *ley* lo abarca todo, hasta el punto que el tema de las fuentes del derecho debe estudiarse paralelamente al "principio de legalidad".

Si bien el tema es muy discutible, tal como lo haremos más adelante, cabe enfatizar que la postura anterior debe considerarse minoritaria en el concierto del derecho español. En el derecho colombiano, comparte esta postura debidamente matizada para nuestro derecho el ius-administrativista Libardo Rodríguez ⁽³¹⁾.

El Autor citado, clasifica las *Fuentes Directas*, así: a) La Constitución; b) La Ley y las disposiciones normativas con fuerza de ley --Decreto-ley y Decreto legislativo--; c) El Reglamento; d) La Costumbre; e) Los Principios Generales del Derecho

Las características más relevantes y diferencias con el sistema colombiano de algunas de estas fuentes del derecho administrativo ibérico, son las siguientes:

a) *El Reglamento*, es decir, los actos administrativos generales e impersonales del derecho colombiano, se consideran la fuente directa principal del derecho administrativo, por su continua y frecuente aplicabilidad, aunque se reconoce que esta jerárquicamente por debajo de la ley.

b) *La Costumbre*, tiene un reducido campo de aplicabilidad en el derecho administrativo, puesto que los usos seguidos de manera uniforme, general, permanente y constante representan una regulación local o cuando más regional, pero no general como lo tienen otras fuentes del derecho como la ley. Según el autor citado, ni la costumbre *secundum legem* y *contra legem* se consideran fuente del derecho administrativo e incluso se polemiza si la costumbre *praeter legem* (más allá de, por encima de) pueda considerarse fuente como tal. Para ello se diferencia dos eventos:

En primero término, sí la Ley administrativa remite expresamente a la costumbre para regular determinadas relaciones o situaciones con preferencia de normas escritas, aplicable en defecto de esa sola costumbre. Aquí la costumbre no es fuente supletoria, sino que sube de rango al que le considere la ley remisoria en el caso expreso. Y en segundo lugar, si es fuente supletoria, solo se considera si se generó al margen de la actividad administrativa, en las relaciones entre particulares, o surge a causa de aquella actividad ("*práctica administrativa*"). En el primer caso puede constituirse con el tiempo, pero no en forma inmediata. En el segundo caso, puede ser fuente supletoria del derecho, pero no en forma plena y constante, sino en los casos y momentos previa y determinadamente estudiados por los tribunales.

c) *Los principios generales del derecho* cada vez se resaltan más por su incidencia en el campo jurídico-administrativo, y su constitución de límite al ejercicio de la actividad discrecional de la administración cada día creciente en los países de la "doble jurisdicción".

d) *Las normas jurídicas* (legales o de efectos jurídicos inferiores a estas) que inciden en el derecho administrativo, ha sido casi imposible codificarlas, por la fértil como fructífera

expedición de legislación "*contingente y ocasional de normas parciales y fugaces*", como lo expone GARCIA DE ENTERRIA ³², que hace pensar que éste conjunto de normas sean tan variadas, inestables, múltiples y desordenadas que tratar de reunir las en un código sería una tarea extremada difícil e improductiva y limitadora de la continua evolución del derecho administrativo. Por ello, en España, hoy por hoy, no existe un "*Código Administrativo*" propiamente dicho. Sin embargo ENTRENA CUESTA, considera la posibilidad de codificarlas tomando como base las leyes generales de la organización y actuación administrativa, sin perjuicio de las posteriores normas que las reglamenten, modifiquen o incluso las extingan, tal como sucede entre algunos otros países como los nuestros, por ejemplo. Sin embargo en el caso colombiano, como lo vimos en la primera parte de este ensayo jurídico, bien se puede dividir por fases legislativas, códigos de diversos ámbitos y efectos jurídicos de aplicación (nacional, seccional y local), como por la clasificación jerarquizada de normas jurídicas inferiores a la Constitución y a la ley, para poder codificarlas o analizarlas doctrinalmente.

En las posturas ibéricas de *Martín Mateo* y *Entrena Cuesta*, se destaca no sólo la clasificación de las fuentes formales del derecho administrativo —que es relevante y oportuno— sino que se les asigna un valor, una jerarquía, unos efectos jurídicos diversos y por su puesto una aplicabilidad en la práctica, en el diario actuar de los organismos del estado, en la labor jurisdiccional de los jueces individuales y colegiados del Estado, así como en la actividad científica de los doctrinantes, investigadores y docentes universitarios. En este sentido abordaremos nuestra labor clasificatoria y analítica de las fuentes en el derecho colombiano.

2.3. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Las fuentes formales en el derecho administrativo colombiano, en nuestro criterio, las podemos clasificar de la siguiente manera:

1. **FUENTES ESCRITAS.** Se ubican dentro de ellas aquellas normas jurídicas que hacen parte del llamado *derecho originario* (La Constitución y las normas constitucionales), que bien pueden calificarse de "fuente de fuentes". También las normas jurídicas que conforman el *derecho derivado* realizado por los organismos legislativos ordinarios (Congreso de la República) y concretados en Leyes (de diferente rango, ámbito, trámite legislativo y efectos jurídicos) o por organismos legislativos excepcionales (El Gobierno Nacional) y concretados en decretos con fuerza de ley. Igualmente hacen parte de estas fuentes escritas, los actos jurídicos o administrativos del orden nacional, seccional o local emitidos por la Administración Pública, las autoridades estatales y las personas privadas cuando unas y otras cumplen funciones públicas. Estas fuentes del *derecho derivado*, configuran las que llamaremos *fuentes principales o creadoras del derecho*.

2. **FUENTES NO ESCRITAS.** En este grupo de fuentes ubicamos aquellas que en su esencia y constitución van más allá de la norma jurídica, pero no pueden existir sin aquella. Estas fuentes podemos llamarlas *fuentes accesorias, auxiliares o complementarias del derecho*, porque en estas interviene la actividad intelectual del ser humano, cuando interpreta, aplica métodos y argumentalística para desentrañar la esencia o el espíritu de las normas jurídicas, o bien por el transcurso del tiempo se asimilan actos, actuaciones, sucesos o hechos relevantes e idóneos para resolver asuntos jurídicos. En consecuencia, son fuentes no escritas entonces, la Jurisprudencia, la Doctrina, la costumbre *praeter legem* y los principios universales del derecho.

3. **FORMAS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO.** Sin ser propiamente fuentes del derecho, son verdaderas formas de integración del derecho a las que acuden jueces, funcionarios estatales o personas privadas con funciones administrativas y doctrinantes cuando estudian, analizan o aplican las normas jurídicas de derecho originario, de derecho derivado o accesorias o complementarias del derecho. Estas formas de integración no son *numerus clausus*, y por ello, inicialmente se consideran tales, *la equidad natural y la analogía*.

En tal virtud, estudiaremos las fuentes y las formas de integración del derecho teniendo en cuenta los criterios de clasificación suministrados anteriormente y las previsiones de la Constitución de 1991 y la ley 153 de 1887, que pese a dos constituciones y varias reformas constitucionales tiene plena vigencia en estas materias.

2.3.1. LA FUENTE DE FUENTES: LAS NORMAS JURÍDICAS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política de 1991, los actos legislativos de los órganos soberanos del Estado (Congreso de la República) como los actos constituyentes del pueblo iniciados por referéndum o actos constituyentes de la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 374 y siguientes de la Carta), constituyen el conjunto de normas constitucionales base de todo el ordenamiento jurídico colombiano jerarquizado y de obligatorio respeto y cumplimiento para todos los habitantes del país y sea cual fuere la naturaleza jurídica (jurisdiccional o administrativa) de la actividad en la que se aplique.

Las normas constitucionales por tanto, constituyen la fuente de fuentes en el derecho administrativo colombiano, o "*prima fontis*", por lo que hemos demostrado en la primera parte de este ensayo jurídico, al sustentar el argumento de que nuestro derecho público es eminentemente legislado cuyo fundamento y razón de ser se encuentra en las "*norma de normas jurídicas*", según el artículo 4 de la Constitución de 1991, el cual instituye la primacía normativa de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, la obligatoriedad y el respeto que deben observar todos los habitantes del territorio colombiano a su forma, contenido normativo y preámbulo ⁽³³⁾; así como las reglas generales de jerarquización, aplicación directa e inmediata, hermenéutica jurídica y condición de *prima ratio iuris* de un Estado Democrático, Social y de Derecho, pues en "*caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

2.3.1.1. La Constitución Política de Colombia de 1991

La Constitución, los actos constituyentes y legislativos de los órganos soberanos del Estado como el Congreso y el pueblo, respectivamente constituyen el conjunto de normas constitucionales base de todo el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución subsume a todos.

La Constitución *ab initio*, como conjunto de normas, principios, valores, derechos, deberes y obligaciones de las personas (naturales y jurídicas) regula las relaciones sociales, políticas, culturales, económicas, y sobre todo jurídicas entre los habitantes (nacionales o extranjeros) y los organismos, instituciones, dependencias o entidades vinculadas o adscritas al Estado, o entre estas mismas; así como la estructura del poder público, los organismos de control (Contraloría, Personería y Defensoría del Pueblo), los órganos electorales (Registrador del Estado Civil y Consejo Electoral) e incluso de las personas privadas con funciones públicas.

La Constitución de 1991, estructura la jerarquía normativa ⁽³⁴⁾, el respeto a la misma y la solución en caso de conflicto, cuando predispone que la "constitución es la norma de normas", así como que "en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (artículo 4, constitucional). La construcción gradada del derecho colombiano tiene vigencia desde una norma preconstitucional que reformó el Código Civil colombiano. En efecto, la Ley 57 de 1887, en el artículo 5º, establece que "en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella". Ahora bien, si en los Códigos previstos en nuestra legislación, se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se aplicarán las siguientes reglas: a) La disposición especial preferirá a la de interés general; y, b) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad, y se hallaren en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos, preferirán por razón de éstos, en el

orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial (o de Procedimiento Civil), Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.

“Esta es la consecuencia lógica y natural del principio de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable, que obliga a todos los órganos del poder público dentro de nuestro estado de derecho, y habilita a los jueces ordinarios, dentro del marco de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta fundamental, de remoto origen y larga tradición nacional, para no aplicar la ley en los casos concretos en los que se plantee la contradicción entre la legislación anterior y la nueva Constitución. La regulación constitucional sobre el tema del procedimiento a seguir para la elaboración de la ley, no se aplica retroactivamente, salvo mención expresa de la ley” (C.C., Sentencia C-434-92, Julio 25).

Más aún, como lo ha explicado la misma Corte Constitucional, el principio de la eficacia de la Constitución también tiene fundamento en una norma preconstitucional de características de incólumes, como la ley 153 de 1887, cuando dispone que la “Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” (artículo 9º); y que se estima insubsistente una disposición legal “por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (artículo 3). En consecuencia opina la Corte: “*fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto*”. (C.E., Sección Primera, Sentencia de Febrero 10 de 1995).

Este análisis del Consejo de Estado, se hacía frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente de los actos administrativos, es decir, la “*contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, da lugar a su derogación, fenómeno jurídico este para el cual esta jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues solo puede disponer la de nulidad*”. Sin embargo, como lo reconoce el mismo Consejo de Estado, la jurisdicción contencioso administrativa con base en el control de constitucionalidad y legalidad sobre el acto administrativo, tras el ejercicio de la acción de nulidad, está preservando el principio de jerarquía y respeto normativo previsto en el artículo 4, constitucional, cuando “*frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente dispone la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional*”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que “*la Constitución es el eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para hacerlo es necesario su interpretación*” (C.C., Sentencia C-531-93, Noviembre 11), debemos observar entonces las normas pre y post-constitucionales para desentrañar su verdadero espíritu. Como normas preconstitucionales, podemos referirnos al C.R.P., y Mpal, que estructura el principio de legalidad, la jerarquía gradada de las normas jurídicas (basado en las legendarias teorías de A. Merkl y Hans Kelsen ⁽³⁵⁾), y específicamente de los actos administrativos. En este sentido el artículo 240, hace referencia al orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales,

así:

La ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior. En el orden departamental: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores. En el nivel municipales: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes superiores.

“Cuando la ley autorice al gobierno o a algún empleado del orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al gobernador o algún otro empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud del cual se expidieron.

Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor jerarquía” (Incisos 2 y 3, del artículo 240 ib.)

Con los actos administrativos nacionales, seccionales (Departamentales y Distritales), como locales (municipales y corregimentales), se completa el ordenamiento jurídico vigente colombiano. Así mismo, hemos identificado el orden de prelación y jerarquía normativa del ordenamiento, así como también la aplicabilidad en caso de conflicto entre la constitución, la ley, decreto-ley o entre normas jurídicas inferiores a éstos, es decir, a los actos administrativos de cualquier categoría o nivel jerárquico.

En tal virtud, conviene aclarar también que el principio de legalidad, de respeto al ordenamiento jurídico vigente por parte de todos los actos administrativos en el derecho colombiano, se toma de abajo hacia arriba, en un plano ascendente y comparativo con las normas jurídicas de superior rango normativo hasta llegar a la Constitución Política de Colombia, que es la base o eje central de todo el sistema normativo, “*bloque de constitucionalidad*”, u ordenamiento jurídico. La violación del ordenamiento jurídico por parte de una norma inferior a la Constitución, se toma en sentido inverso, de arriba hacia abajo, pasando por la ley, el decreto-ley y terminando en el acto administrativo nacional, seccional y local. Este último nivel ocupado por el acto administrativo local, constituye el punto de partida y llegada al esquema de respeto u vulnerabilidad del ordenamiento jurídico.

El control de constitucionalidad por excepción ejercido por los funcionarios del estado con jurisdicción y competencia predicado, en principio, sólo para las normas jurídicas de tipo legal (leyes y decretos-leyes), también se extiende al control de los actos administrativos de todo nivel, rango o jerarquía normativa, por los órganos estatales que los crean, puesto que se consideran genéricamente normas jurídicas, y por tanto, subsumidas en el criterio del artículo 4, constitucional. La Corte Constitucional, al respecto se ha pronunciado:

“Puede verse con facilidad que el sistema de control constitucional por vía de excepción se amplió con el nuevo precepto y, por lo tanto, un acto administrativo, que desde luego es norma jurídica, puede ser inaplicable si viola el estatuto constitucional, aunque haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría. (...)

De modo que, cuando una norma inferior (vale decir un acto administrativo) riñe con la Constitución, esta tendrá preferencia, y, por consiguiente, la primera es inaplicable para el caso...” (C.E., Sala Plena, Abril 1 de 1997.)

2.3.1.2. Los Actos Legislativos como actos jurídicos del Congreso de la República

Entre los actos constituyentes de los órganos soberanos del Estado se encuentran los “Actos Legislativos”, que constituyen los medios idóneos para reformar la Constitución y sólo pueden tramitar y expedirlos el Congreso de la República (Senado y Cámara de Representantes, ya que nuestro sistema legislativo es “*bicameral*”), por unos procedimientos fundamentalmente diferente al proceso legislativo de la leyes y aunque la iniciativa de los Actos legislativos pueda venir del Gobierno Nacional, de diez (10) miembros del Congreso, de un porcentaje determinado de concejales y diputados e incluso de un número importante de ciudadanos (artículo 374 y 375). Estos Actos Legislativos, una vez tramitados y aprobados de conformidad con la Constitución y la ley, pasan a incorporarse automáticamente al cuerpo normativo de

la Constitución, sin embargo, no dejan de tener identidad constitucional, no solo por la iniciativa, trámite, desarrollo, sanción y vigencia, sino porque las materias tratadas en ellos son relevantes en un momento histórico de la sociedad principalmente de carácter político como jurídico, a tal punto que en cien años de vigencia de la Constitución de 1886, tenía más relevancia la reforma constitucional realizada por actos legislativos de 1905, 1910, 1920, 1936, 1945, 1968, 1986, por ejemplo, que la norma jurídica constitucional reformada (la Constitución), dado que las épocas claves desde todo punto de vista de la sociedad colombiana de aquellos años, superaba lo que había sido objeto de reforma; más aún nuestra Constitución de 1886, terminó siendo una colcha de retazos de Actos legislativos importantes en nuestro constitucionalismo, tales como los referenciados que bien puede decirse que la esencia de las normas de la Constitución de 1886 se redujeron al Preámbulo, a uno de los paradigmas que rigió cien años: “ Centralización Política y Descentralización Administrativa” y algunas normas sobre habitantes y territorio, pues el resto de normas constitucionales lo conformaban los *parches constitucionales* incorporados a estas a través de *actos legislativos*.

Pese lo dicho, no se puede desconocer que esos parches constitucionales necesarios y demostrativos de la evolución y dinámica del derecho público y la sociedad a la cual representa, vistos desde la óptica de la unidad jurídica (acto reformado y acto reformador) tienen la virtualidad de continente y contenido formar un solo cuerpo normativo: La Constitución, pero sin perder identidad y calidad de tales.

En lo que llevamos de vida jurídico constitucional de la Constitución Estatal de 1991, estos parches constitucionales han sido variados en número y contenidos puntuales⁽³⁶⁾, no institucionales como era constante en vigencia de la Constitución de 1886. Estos Actos Legislativos, una vez cumplido los trámites legislativos y sanción correspondientes han pasado a integrar la norma de normas jurídicas, pero quedarán con identidad propia no sólo de fecha y secuencia numérica sino de contenido y momento histórico, político y jurídico en el que se pronunció, por aspectos de fondo o de banalidades como sucedió con el Acto Legislativo Núm. 01 de Agosto 17 de 2000 que reformó el artículo 322 de la Constitución, para cambiar el nombre del Distrito Especial de “Santa Fe de Bogotá”, por “Bogotá” simplemente.

La Constitución de 1991, introdujo además de este mecanismo tradicional de reforma a la Constitución por vía legislativa y Congresal (por Actos Legislativos), otros medios idóneos para hacerlo, sin dejar de ser *actos normativos constituyentes*. En efecto, por Actos Constituyentes, la Asamblea Nacional Constituyente, podrá reformar “*La Constitución Política*” (artículo 374, constitucional). Asamblea que será elegida por el voto popular del Pueblo, previa convocatoria hecha por el Congreso mediante ley respectiva (artículo 375, constitucional).

Precisamente para la expedición de la Constitución de 1991, fue necesario la convocatoria previa de una Asamblea Nacional Constituyente, que surgió el 2 de Agosto de 1990 de un “Acuerdo Político (entre diversos movimientos políticos, “insurgentes”, sociales y culturales colombianos) sobre la Asamblea Constitucional, por medio del cual, se desarrollaron los puntos fundamentales trazados por el pueblo el 27 de mayo para poner en marcha el proceso de reorganización institucional, el cual fue ratificado, complementado y desarrollado por otro Acuerdo Político el 23 de agosto de 1990” . Este párrafo citado de la Parte motiva del Decreto 1926 de 1990, dictado por el Gobierno Nacional, bajo las facultades excepcionales del “Estado de Sitio” (artículo 121 de la Constitución de 1886) y por el cual entre otros aspectos importantes para el pueblo colombiano pretendía “*restablecer el orden público*” del país turbado por causas varias (de orden social, económico, político y de insurgencia) en aquellos difíciles momentos de nuestra organización estatal, el Decreto solicitaba al pueblo colombiano que mediante el voto votara si convoca o no a una “*Asamblea Constitucional*” , y una vez conformada que ésta labore por espacio de un término y temario prefijado en el mismo Decreto.

La Corte Suprema de Justicia, declaró ajustado a la Carta Fundamental en cuanto a la Convocatoria de la Asamblea Constitucional, el término de funcionamiento, pero declaró inconstitucional todos aquellos límites impuestos al “Constituyente primario” como el control jurisdiccional ejercido por la Corte de todo y el “temario que implica el límite de su competencia” ⁽³⁷⁾, temario que el Acuerdo Político limitaba a importantes temas institucionales del constitucionalismo colombiano, como la reestructuración del poder público, el catálogo de derechos y deberes constitucionales y mecanismos para preservarlos, protegerlos o garantizarlos, pero en todo caso no estaban todos los que eran ni eran todos los que estaban como se suele decir. En tal virtud, la Corte sobre el particular que la Asamblea Nacional Constituyente debía ocuparse, sin restricción alguna y sobre cualquier materia constitucional y no sobre materias prefijadas por más relevantes que estas sean, pues la Asamblea será soberana para abordar todos los temas que crea conveniente, oportuno, legítimo y democrático hacerlo e inclusive sobre los que fueron objeto del temario con carácter prioritario.

2.3.1.3. El Referéndum como mecanismo de reforma del Pueblo

El Tercer mecanismo viable para reformar la Constitución de 1991, es el “referendo” o referéndum utilizado por el Pueblo o constituyente primario. Los actos constituyentes aprobatorios por referéndum que reforman la Constitución si bien, una vez obtengan el trámite legislativo respectivo ante el Congreso, pasan a incorporarse a la Constitución, no sin dejar su propia huella jurídica de autonomía y relevancia constitucional. En nuestro país este mecanismo de reforma y los actos constituyentes consecuenciales al ejercicio de este todavía no se han puesto en práctica, aunque si se ha hecho un primer intento fallido a la solicitud de referendo a iniciativa del Gobierno Nacional (artículo 378, constitucional) ⁽³⁸⁾ y no de los propios ciudadanos o constituyentes primarios, cual fuera la esencia del origen, forma y condiciones de desatar este mecanismo democrático para aprobar, improbar o negar reformas no sólo de tipo jurídico-administrativo (actos administrativos), sino de ámbito legislativo y relevantemente de carácter constitucional. El primer intento fallido incorporaba en sus objetivos primordiales de reforma constitucional un evidente enfrentamiento entre el ejecutivo y el legislativo por acciones legislativas previas que constituían saetas constitucionales a juicio de los asesores especializados del Gobierno Pastrana, en contra de éste. En tal virtud, la iniciativa de referendo nacía con un claro sabor a “*Ley del Talión*” que tanto mal ha hecho a todas las democracias del mundo.

2.3.2. LAS FUENTES PRINCIPALES O CREADORAS DEL DERECHO

Hacen parte de este derecho escrito y derivado las leyes expedidas por el Congreso de la República como legislador ordinario, los decretos con fuerza de ley, emanados del Gobierno Nacional como legislador excepcional o extraordinario y los actos administrativos como normas jurídicas del orden nacional, seccional (departamental y provincial) y local (Distrital, Municipal y corregimental), dictados por los funcionarios del Estado pertenecientes a las tres ramas del poder público y principal y genuinamente a la Rama Ejecutiva del poder, así como los “servidores del Estado” que hacen parte de los órganos de control (Ministerio Público y Contraloría General, Seccional y Local), los organismos electorales (Registrador del Estado Civil y Consejos Electorales) e incluso las personas privadas cuando unos y otros cumplen funciones públicas.

2.3.2.1. Las Leyes del Congreso de la República

En sentido lato, ley o “*lex*”, significa toda norma obligatoria. En la esfera jurídica tiene *a priori*, dos acepciones: la primera, es que la ley es toda norma obligatoria en una relación jurídica, aún en el supuesto de que dicha norma derive de la voluntad privada (v.gr., de una relación contractual o contrato considerado una “*Lex contractus inter partes*”). Una segunda acepción, es que la ley es una norma emanada por un órgano soberano del Estado que ejerce

la función legislativa como de la esencia de la rama legislativa del poder público. Esta última es la que se conoce como “*Lex Publicae*” ⁽³⁹⁾.

En Colombia, el concepto normativo de ley lo encontramos en el Código Civil Colombiano (vigente desde 1887), el cual sostiene:

“Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar” (artículo 4º)

Por su parte, la Constitución vigente sostiene que “*corresponde al Congreso hacer las leyes*” (artículo 150, constitucional), de conformidad con el contenido, unidad de materia, trámite legislativo, clase de ley y requisitos de forma y fondo previstos en el ordenamiento jurídico. El Congreso como órgano legislativo del Estado tiene competencia privativa para “hacer” leyes como regla general. De ahí que la Corte Constitucional haya reconocido en esa capacidad exclusiva y excluyente una especie de “*cláusula general de competencia*” ⁽⁴⁰⁾ legislativa, para significar con ello que en Colombia a diferencia de otros países como Francia, por ejemplo, la facultad de expedir leyes se le ha asignado al Congreso tiene la

“potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho... por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa...es una competencia amplia pero que no por ello deja de ser reglada, porque esta limitada por la Constitución. Así el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios ni valores constitucionales. Tampoco puede desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa (artículo 136, Superior v.gr. “dar votos de aplauso a los actos oficiales”), ya de manera tácita, al haber reservado ciertas materias a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-527-94, Noviembre 18)

El extenso artículo 150 de la Constitución relaciona en forma enunciativa las materias o contenidos que pueden ser objeto de inclusión en un texto normativo o ley. A título de ejemplo, digamos que es de competencia exclusiva del Congreso de la República la expedición de leyes sobre el Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas; Definir la División territorial; conferir atribuciones especiales a la Asambleas Departamentales; Determinar la Estructura de la Administración Nacional; Conceder autorizaciones especiales al Gobierno; Revestir *pro tempore* de facultades extraordinarias al Presidente de la República; Establecer las Rentas y Gastos de la Nación; Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional; Conceder Amnistías o indultos generales por delitos políticos; Regular las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras; Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales; Expedir leyes de intervención económica; Regular el régimen de la Función Pública; entre muchas otras más.

Ahora bien, toda ley dictada sobre estas materias en el plano de la teoría jerárquica o kelseniana que antes hemos comentado, se halla sometida en la estructura vertical y gradada en un escalón inferior a la Constitución y “*en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*” (artículo 4, constitucional). Esta regla constitucional utilizada para resolver conflictos entre la norma Suprema y la norma legal, es una constante en el constitucionalismo colombiano desde la fenecida Constitución de 1886, ratificada luego por la Ley 57 de 1887, artículo 5º hasta nuestros días en la Constitución de 1991. Este respeto y obligatoria observancia a los textos constitucionales en el plano de la aplicación e interpretación de la Constitución y las leyes es primordial en el tema de las fuentes del derecho, porque aquí no interesa qué clase de ley es la que se encuentra en conflicto con la Constitución, sino que basta que sea una norma jurídica dictada por el Congreso y llamada ley la que pueda entrar en controversia aplicativa a

un caso concreto. Esta aclaración se realiza por dos razones: Primero, porque en Colombia, existen diferentes clases de leyes, con diversos trámites legislativos, contenidos programáticos y, por su puesto efectos jurídicos (Leyes estatutarias, Leyes Orgánicas, Leyes ordinarias, etc⁽⁴¹⁾); Segundo, porque en nuestro país por excepción o facultad excepcional el Gobierno Nacional puede dictar “*decretos con fuerza de ley*”, que a los efectos del presente argumento y en otro momento constitucional cualquiera, se consideran “Decretos-leyes” con efectos jurídicos de leyes. En tal virtud, la regla general de solución de conflictos de incompatibilidad debe establecerse en relación con las genuinas leyes del Congreso y con los decretos con fuerza de ley del Gobierno Nacional como legislador extraordinario.

Pero la incompatibilidad entre la Constitución se presenta no sólo con las leyes o decretos con fuerza de ley, sino entre leyes mismas. En este caso, la legendaria Ley 57 de 1887, establece las siguientes reglas para la solución de conflictos normativos entre leyes:

- a) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.
- b) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diferentes Códigos, preferirán por razón de estos, en el siguiente orden: Civil, de Comercio, Penal, Judicial (hoy procesal civil), Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento (hoy no existe), de Minas (Código Nacional de Recursos Nacionales Renovables y Protección al Medio Ambiente), de Beneficencia y de Instrucción Cívica (Hoy no existe)
- c) La ley posterior prevalece sobre la anterior. En casi de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior (artículo 2, Ley 153 de 1887)
- d) Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule integralmente la materia a que la anterior disposición se refería (artículo 3 id.).
- e) La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que se claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente (artículo 9 id).

De otro lado, el ius-administrativista *Libardo RODRÍGUEZ* ⁽⁴²⁾, al hacer el estudio de las fuentes del derecho, estima que “en el derecho administrativo colombiano la principal fuente es la ley, entendida en su concepción amplia o general, que se refiere a toda norma jurídica. En efecto, nuestro derecho administrativo es fundamentalmente legislado, es decir, que se contiene de manera principal en los textos legales. Dentro de esta concepción amplia de ley encontramos varios componentes: a) La Constitución Política; b) los actos del Congreso; c) los decretos del Presidente de la República; d) los actos de las demás autoridades administrativas”.

Este concepto amplio de “ley” en el derecho público Colombiano no es admisible por cuanto literal como jurídica e institucionalmente aquella no puede comprender en rigor doctrinal el contenido, alcance y efectos jurídicos de aquella dentro de los diferentes normas jurídicas (constitucionales, legales y de carácter jurídico-administrativo) con carácter de omni-comprensión. Por lo primero, el término ley es sinónimo de voluntad general, de efectos temporales y de contenidos prefijados ineludiblemente en la Constitución. Por lo segundo, el término ley se asigna en nuestro derecho sólo a la norma jurídica producida por el Congreso de la República como legislador ordinario, con efectos generales y aplicable *erga omnes* a todos los habitantes del Estado Colombiano, con vocación al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y dentro del edificio jerárquico o pirámide kelseniano sometida

sólo al respeto y cumplimiento de la Constitución. Por lo tercero, la ley no es ni puede ser sinónimo de “legalidad”, aunque ésta sea continente de aquella que es contenido. La institución de la “legalidad” en el derecho francés como lo sostiene *André de LAUBADÉRE* ⁽⁴³⁾, si es “ *un concepto más amplio que la ley. El principio de la legalidad constituye una limitación del poder administrativo, un principio liberal (y) en primer lugar entre las fuentes escritas de la legalidad los textos que se sitúan a nivel constitucional, es decir, las disposiciones de la misma Constitución, así como también su preámbulo. Se dice que estos textos obligan al legislador mismo y que cualquier ley que los contradijera sería ‘no conforme con la Constitución’*”. En tal virtud, el principio de legalidad subsume a la ley y puede comprender a la Constitución en el entendido que esta es la norma jurídica Suprema, en el derecho francés. No viceversa como plantea el tratadista *RODRÍGUEZ*, al decir, que el en concepto lato de ley se entiende a todo el ordenamiento jurídico vigente incluido la Constitución, las leyes y el resto de normas jurídicas.

Esta distinción es importante hacerla no solo por diferencia del *nomen iuris* de cada norma jurídica —que de suyo ya es importante— sino porque en el estudio de las tensiones del respeto y el cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano, el cual toma como base y fundamento a la Constitución y por debajo de ella el resto de las normas (leyes, decretos leyes y actos administrativos), debemos precisar que si hablamos de un acto administrativo, por ejemplo, como norma jurídica de efectos jurídicos y contenidos más limitados que los de la ley, los decretos con fuerza de ley, y por supuesto de la Constitución misma, no pueden denominarse “leyes” ni siquiera a los efectos formales, como pretende la teoría el *tratadista RODRIGUEZ*, pues es sabido que los actos administrativos expedidos por los Concejos Municipales no son “leyes municipales” sino actos administrativos de ámbito y efectos jurídicos municipales (artículo 81 C.C.A. y Ley 136 de 1994, artículos 71 y ss.), pues al ser “leyes” estaríamos en un Estado Federal y no Unitario (o quizá ¿Autonómico?: artículos 1, 286, 287, 300, 303, 311, 314 y 323 constitucionales), según lo pregona el preámbulo la Constitución de 1991 y el artículo 1º.

La Corte Constitucional al interpretar el artículo 230, constitucional que expresa que “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidas al imperio de ley*”, parece retomar los argumentos del tratadista *RODRÍGUEZ*, al sostener que “*en Colombia... la tradición jurídica secular siempre ha establecido que sólo es fuente formal principal del derecho la ley en sentido material, esto es, la Constitución, la Ley, los decretos y demás actos jurídicos.*” (C.C., Sala Plena, Sentencia C-104-93, Marzo 11). Sin embargo, tal tradición se ve desmentida por lo que hemos visto anteriormente, así como en el aparte dedicado a la Constitución de 1991, y en la primera parte de éste ensayo jurídico al comentar las cuatro fases legislativas del derecho administrativo que siempre estuvieron arropadas por la Constitución de 1886 y de 1991 y de sus varias reformas constitucionales correspondientes.

La verdadera hermenéutica aplicable al artículo 230 se debe hacer sistemáticamente con el estudio del artículo 4 y 6 de la Constitución, pues aisladamente nos da el resultado que hemos transcrito de la Corte Constitucional. En efecto, Todo funcionario del Estado, incluido los jueces de la República, en el cumplimiento de su destino de administrar justicia, están sometidos al ordenamiento jurídico vigente, vale decir, a la Constitución y las leyes principalmente y responderán de su vulneración por acción u omisión o extralimitación de funciones públicas. Si esto es así, el juez está sometido “en sus providencias” y en su actuar como garante de derechos y deberes constitucionales, al imperio del ordenamiento jurídico vigente y no sólo a la ley como se desprende inicialmente del análisis aislado del artículo 230.

2.3.2.2. Los Decretos “con fuerza de ley” del Legislador extraordinario: El Presidente y el Gobierno Nacional

En Colombia, el Presidente de la República “simboliza la unidad nacional” y representa y ejerce como “Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa” (artículos 188 y 189, constitucionales). Esta triple calidad que en otros regímenes y Estados

del mundo, como en España se halla en cabeza de diferentes personalidades públicas: El Rey es el Jefe del Estado “símbolo de su unidad y permanencia” (artículo 56-1, Constitución de 1978), en tanto el Presidente del Gobierno es quien adquiere jefatura del Gobierno “dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado” conjuntamente con su Vicepresidente y sus Ministros (artículos 97 y 98, *ibidem*).

La concreción de calidades en cabeza del Presidente de la República conlleva un gran compás de funciones entre las que se destacan las representativas del Estado y el Gobierno, las de dirección, coordinación, proyección y fomento de actividades, gestiones y acciones administrativas en todos los niveles jerárquicos del Estado, así como las funciones excepcionales de carácter legislativo desarrolladas todas con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente. Estas diversas funciones en cabeza de una misma institución jurídico política como es la Presidencia, es lo que ha dado en llamarse “*El Presidencialismo en Colombia*” ⁽⁴⁴⁾. Rasgo característico del constitucionalismo colombiano que se instauró en la Constitución de 1886, hoy ratificada y potenciada por la Constitución de 1991, y aunque no esta ausente de críticas.

Como resultado del ejercicio de dichas funciones el Presidente de la República o en su momento el Gobierno Nacional, constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y los Directores de Departamentos administrativos, según el caso, especialidad y circunstancias, pueden constituirse en legisladores extraordinarios o excepcionales y dictar normas jurídicas “*con fuerza de ley*”, con efectos jurídicos similares a los de las leyes del Congreso e incluso con igual control de constitucionalidad de aquellas y ejercido por la Corte Constitucional (artículo 241-7, constitucional).

En efecto, el Gobierno Nacional (El Presidente y sus Ministros) puede expedir “*decretos legislativos*”, con fundamento en los llamados “*Estados de Excepción*” (“Estados de sitio” en vigencia de la Constitución de 1886): a) Decretos legislativos de Orden Público por declaración de Estado de Guerra Exterior (artículo 212, constitucional), que propenden por “repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”; b) Decretos legislativos de Orden Público por declaratoria de conmoción interior, cuando se “atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la conveniencia ciudadana” (artículo 213 id.). Estos Decretos legislativos “dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia por noventa días más”. Tienen un vigencia temporal, pero mientras rigen tienen los mismos efectos jurídicos que una ley de la República ⁽⁴⁵⁾; c) Decretos legislativos de declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, los cuales propenden por eliminar o disminuir las causas y efectos que “perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico” y aunque tienen vigencia temporal reducida al objeto principal que persigue terminar pueden tener vocación a la permanencia si el “Congreso, durante el año siguiente, les otorga carácter permanente”, salvo en aquellas aspectos en los que se ha creado o modificando tributos que sólo regirán hasta el “término de la siguiente vigencia fiscal” (artículo 215 id.).

El Presidente de la República, también puede expedir decretos “*con fuerza de ley*”, cuando ejerce “*facultades extraordinarias*” otorgadas por el Congreso de la República en forma *pro tempore* (seis meses), “cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”. El Gobierno Nacional previamente deberá elevar la solicitud de tales funciones excepcionales al Congreso el cual requerirá para su aprobación “la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”. Sin embargo, el Congreso se reserva la facultad modificatoria de dichos “*decretos leyes*” en “todo tiempo y por iniciativa propia”. El Presidente con base en estos decretos no podrá expedir Códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni crear servicios administrativos y técnicos en las Cámaras, ni decretar impuestos (artículo 150-10, constitucional). La Doctrina colombiana (*Younes Moreno, Rodríguez, Vidal Perdomo, entre otros*), por estas razones llaman indistintamente a estos decretos como “*Decretos Leyes*” o “*Decretos Extraordinarios*” ⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, no hay duda que estos decretos tienen fuerza de

ley, son parte del ordenamiento jurídico vigente y, por su puesto son controlados jurisdiccionalmente por la Corte Constitucional (artículo 241-5º, constitucional) y en definitiva son fuentes normativas creadoras del derecho derivado y escrito.

2.3.2.3. Los Actos Administrativos Nacionales, Seccionales y Locales ⁽⁴⁷⁾.

El tercer gran grupo normativo de fuentes escritas y derivadas del Derecho Administrativo, esta constituido por los llamados Actos Administrativos expedidos por la Administración Pública o Estatal a nivel nacional, por la Administración Departamental y Provincial, a nivel Seccional y por la Administración Pública Municipal y Distrital a nivel Local. Igualmente todos aquellos actos administrativos expedidos por las denominadas “autoridades” estatales y las personas privadas cuando unas y otras cumplan funciones públicas, según el artículo 1, 81 a 83 del Código Contencioso Administrativo --C.C.A.--.

Muy a pesar de que el Decreto-ley 01 de 1984, en su artículo 83, definía el acto administrativo como *“las conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”*, hoy por hoy, en vigencia del Código Contencioso-Administrativo (Decreto-Ley 01/84, modificado por el Decreto-Ley 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998), abandona toda definición tanto de acto administrativo como de la institución jurídico-administrativa expedidora del mismo con carácter exclusivo y excluyente, como lo era la rama ejecutiva del poder público o Administración Pública Nacional, Seccional y Local. Esta actividad de conceptualización la ha dejado a la doctrina y a la jurisprudencia cuando unos y otros deben analizar, estudiar o aplicar la figura jurídico-administrativa, al caso concreto, no sin dar unas caracterizaciones generales de lo que debe entenderse por Acto Administrativo. A título enunciativo son las siguientes:

El acto administrativo constituye una decisión jurídico-administrativa realizada por una persona adscrita o vinculada a una entidad, organismo, dependencia o sección administrativa y perteneciente a una cualquiera de las tres ramas del poder público, a los “organismos del control” (Contraloría y Procuraduría), a los “órganos electorales” (Registrador del Estado Civil y los Consejos electorales) de cualquier nivel, jerarquía o ámbito territorial (nacional, Seccional o Local) y funcional; así como por personas jurídicas de derecho privado, cuando unos y otros, ejerzan una “función administrativa” estatal por disposición del ordenamiento jurídico vigente o por delegación constitucional o legal (artículos 2,4,6,122 a 125, 209, 300, 303, 311, 314 y 323 Constitucional y artículos 1, 81 a 83 C.C.A.).

Por tanto, el acto administrativo como acto jurídico que es, crea, extingue o modifica situaciones jurídicas individuales (personales o concretas) y generales (abstractas o impersonales). Este acto surge a la vida jurídica desde el momento mismo en que se manifiesta la decisión final ius-administrativa por la autoridad o persona competente, previo un procedimiento administrativo breve, sumario o normal previsto en el ordenamiento jurídico vigente. El acto es válido y existe entonces, a partir de la notificación (acto subjetivo) o desde la publicación (acto objetivo), respectiva, momento desde el cual se presume ajustado al ordenamiento jurídico.

Igualmente, el acto administrativo como decisión jurídica unilateral se exterioriza efectivamente en forma verbal, escrita, tácita o gestualmente, aún cuando el destinatario o destinatarios no hayan dado su consentimiento. El acto administrativo no es la única actividad, gestión o manifestación que deriva efectos jurídicos de parte de la llamada administración pública o estatal, aunque sí la de mayor relevancia, estudio y tratamiento jurídico-social. Son

manifestaciones de la actividad administrativa que generan efectos jurídicos y responsabilidad estatal, las vías de hecho, las operaciones administrativas y los hechos administrativos.

Finalmente, las controversias surgidas a raíz de la existencia, vigencia, validez, emisión irregular, falsa motivación, desviación de poder, falta de audiencia y derecho de defensa, falta de competencia o cualquier otra causa de forma o fondo en la expedición de un acto administrativo, serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (jueces y Tribunales Administrativos y Consejo de Estado, según las reglas de competencia previstas en el C.C.A.), previamente agotando la vía administrativa o “gubernativa, si se trata de actos subjetivos.

En el nivel nacional son relevantes académica como jurídicamente los actos administrativos del Presidente de la República en ejercicio de la función o “potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes” (artículo 189-11, constitucional). En la Doctrina Colombiana (*Rodríguez, Vidal Perdomo, Younes Moreno*), a estos actos se les conoce genéricamente como “Decretos Reglamentarios”. Sin embargo, del texto constitucional se deduce que no solo Decretos puede dictar el Presidente para cumplir con su función constitucional, sino resoluciones y órdenes que son al igual que los Decretos actos administrativos de ámbito y efectos nacionales. Este poder reglamentario del Presidente, en el derecho administrativo colombiano, “no es exclusivo” del este funcionario, puesto existen otros “organismos como el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República” (artículo 257-3, constitucional) que a nivel nacional ejercen esta potestad en el ámbito de sus competencias y materias, tal como lo ha reconocido la Consejo de Estado en Sentencia de Mayo 20 de 1994.

“La facultad de reglamentar la ley es inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley” (Corte Constitucional, Sentencia C-028-97).

A nivel Seccional, los Actos Administrativos más comunes y corrientes de los Gobernadores son los Decretos reglamentarios de las Ordenanzas, Decretos Extraordinarios y *pro tempore* autorizados por la Asamblea (artículo 300-9, constitucional) o los Decretos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales o subjetivas (v.gr. Nombramiento y Remoción de Funcionarios Departamentales). Igualmente las expiden las Resoluciones y Ordenes Departamentales en virtud de las atribuciones que les confiere el artículo 305 de la Constitución y el Decreto Extraordinario Núm. 1222 de 1986 “Código de Régimen Departamental. Igualmente las Asambleas Departamentales, como corporaciones administrativas de elección popular expiden actos administrativos como Resoluciones, Ordenes y Ordenanzas Departamentales que son los principales actos de estas Corporaciones Seccionales, según lo previene el artículo 300, constitucional, adicionado por el Acto Legislativo Núm. 1º de 1996.

A nivel Municipal, los Actos Administrativos más relevantes son los que expide el Alcalde Municipal en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 314 y 315, constitucionales, como Jefe de la Administración Municipal, Representante Legal del Municipio y Jefe de Policía Administrativa. Para ejercer estas funciones dicta Decretos reglamentarios de los Acuerdos Municipales (artículo 312 id), Decretos extraordinarios y *pro tempore* por atribuciones del Consejo (artículo 313-3 id.), Decretos creadores de situaciones jurídicas concretas o subjetivas (los de nombramiento y remoción de funcionarios municipales) o creadores de situaciones jurídicas generales (o “Reglamentos”. Igualmente puede dictar Resoluciones, Instructivas y Ordenes para cumplir o hacer cumplir atribuciones constitucionales y legales de los Gobernadores en materia de orden público o aspectos económicos y sociales (artículo 315 id). Todo ello también para cumplir con las funciones del

Alcalde según lo previene la Ley 136 de 1994, Junio 2 “Código de Régimen Municipal Colombiano”. Por su parte, también pueden dictar actos administrativos, tales como Resoluciones, Instructivas y principalmente Acuerdos, los Concejos Municipales, los cuales son corporaciones administrativas de elección popular y con jurisdicción en el territorio Municipal (artículo 312 id). La Ley 136 de 1994, también regula sus funciones en el artículo 32.

2.3.3. LAS FUENTES ACCESORIAS, AUXILIARES O COMPLEMENTARIAS DEL DERECHO

Pertencen a las *fuentes no escritas*, la Jurisprudencia, la Doctrina, la costumbre *praeter legem* y los principios universales del derecho. En este grupo de fuentes las hemos ubicado y connotado así, porque en su esencia y constitución van mas allá de la norma jurídica misma, aunque es lo cierto que no pueden existir sin aquella.

2.3.3.1. La Jurisprudencia

El término jurisprudencia proviene del latín *ius-iuris*, que significa derecho; y, de los términos *prudens-entis*, que significa prudente, previsor. En consecuencia, el término fusionado de *ius prudens* o *iuris entis*, hace alusión a la capacidad del ser humano de poder discernir, analizar o interpretar el derecho por quien debe aplicarlo a un caso concreto o analizarlo en ciertas circunstancias y eventos planteados. Si bien hoy por hoy, esta labor de aplicación prudente del derecho o de interpretación del mismo se la asigna a los jueces individuales o colegiados perteneciente a la rama jurisdiccional del poder público, en sus orígenes como hemos visto no parece ser exclusivo de los funcionarios dadores, aplicadores o garantes del derecho como son los jueces, sino de todo funcionario o persona (pública o privada) que tenga que discernir normas jurídicas dentro de un asunto, negocio, diligencia o trámite administrativo o público.

Con este criterio bien puede hablarse en derecho administrativo que existe una especie de jurisprudencia producida por los funcionarios o personas privadas o públicas cuando unos y otros ejercen una función pública en vía administrativa al resolver recursos de reposición, apelación y queja, como en procedimientos catalogados de administrativos generales y especiales (v.gr. disciplinarios, de concesión de licencias o permisos administrativos, etc.), resolución de trámite de recursos extraordinarios de revocatoria directa de actos administrativos (subjetivos u objetivos), etc. Esta jurisprudencia administrativa se va generando en las decisiones de carácter administrativo que profiere la Administración Pública o Estatal a nivel nacional, seccional o local, las “autoridades estatales” y las personas privadas con funciones públicas (artículo 1, 81 a 83 C.C.A.), siempre que haya unos referentes obligantes, de conexión, funcionales y aplicables a precedentes entre ellos y que puedan tener identidad de materia, de hechos e incluso de normas jurídicas aplicables al caso administrativo presente en circunstancias de resolución coincidentes.

La Presidencia de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las entidades descentralizadas por servicios (Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía y Establecimientos Públicos) a nivel nacional, por ejemplo, en sus decisiones administrativas (actos normativos subjetivos u objetivos), van decantando y discerniendo el espíritu de las normas jurídicas, al punto que estas entidades públicas van tomando como punto de referente las anteriores decisiones tomadas en una dependencia oficial o privada con función pública y las aplican a las subsiguientes a manera de jurisprudencia administrativa. V.gr. La declaratoria de insubsistencia de un destino público se hace mediante una resolución (acto subjetivo) no motivada y formalmente se termina con la fórmula “comuníquese y cúmplase”, por que no es notificable ni recurrible en vía administrativa ni contencioso administrativa. Sin embargo, sí puede proceder una y otra vía, si el acto se motiva con desviación de poder, falta motivación o es producto de una emisión irregular del acto, hay falta de competencia, o en general transgrede el ordenamiento jurídico vigente. Esto se deduce de la hermenéutica jurídica aplicable al artículo 1º in fine del C.C.A.,

pues éste sólo reza que la “*facultad de libre nombramiento y remoción*” no es objeto de la regulación del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte y en forma tradicional, se reconoce que existe jurisprudencia cuando los Jueces individuales o colegiados del Estado Colombiano se pronuncian en sus providencias (autos y sentencias), resuelven un caso concreto, objeto de un litigio jurisdiccional y forman una especie de precedente interpretativo sobre una norma jurídica (constitucional, legal o disposición normativa o acto administrativo) que será aplicable luego a casos y eventos coincidentes. La jurisprudencia jurisdiccional en nuestro país en consecuencia, se tiene como el conjunto de sentencias proferidas por los jueces de la República en el cual se analiza, estudia e interpreta un punto de derecho que constituirá un antecedente interpretativo para otros casos en el futuro: Si el los antecedentes se producen en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos seccionales, se dice que la jurisprudencia es de derecho público. En cambio, si los antecedentes interpretativos de la norma jurídica se producen en la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados de las diferentes categorías, se dice que la jurisprudencia es de derecho privado.

En Francia a diferencia de lo que sucede en Colombia, la Jurisprudencia tiene la virtualidad de delinear, preparar y decidir el rumbo a seguir del derecho administrativo, ya que los Tribunales de lo Contencioso administrativo demarcan la interpretación y la conducta a seguir por el Estado y los particulares, no sólo en cada caso concreto sino a partir de éste en todos los demás hasta que se produzca un nuevo cambio jurisprudencial. Esta circunstancia hace que la jurisprudencia ocupe un lugar primordial, incluso por encima de la ley, ya que derecho administrativo galo no es legislado a diferencia del civil, penal, laboral franceses que sí lo es.

En Colombia, la jurisprudencia estando por encima de las demás fuentes del derecho, excepto la ley y las normas jurídicas constitucionales (La Constitución, Actos Legislativos y Actos constituyentes de la Asamblea Nacional Constituyente y los del Pueblo por referéndum), no tiene la misma óptica apreciativa del derecho francés, puesto que el derecho administrativo colombiano es escriturario, legislado y codificado. Las decisiones de los jueces colegiados administrativos tienen un doble fin: a) Interpretar el derecho en las controversias concretas y servir de parámetro hermenéutico en los demás casos que involucren elementos de forma y fondo coincidentes (no similares ni análogos); y, b) Unificar la jurisprudencia nacional.

El artículo 230 de la Constitución de 1991, encendió la polémica ius-publicista cuando expresó:

“Los jueces , en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Las razones de la discusión constitucional estaba servida por cuanto la Ley 153 de 1887 y la Ley 169 de 1896, con vigencia preconstitucional no derogada por la Constitución de 1991, consideraba a la jurisprudencia como una fuente relevante del derecho no escrito colombiano (incluido el derecho público) y sólo por debajo del derecho escrito derivado y originario (la ley y la Constitución, respectivamente) en nuestro derecho, y por tanto, no podía considerarse un mero “*criterio auxiliar de la actividad judicial*”, tal como lo estipulaba el artículo 230 *ut supra* citado.

En primer término, porque si bien el artículo 230, constitucional esta ubicado formalmente en el Título VII, referido a la Rama Judicial del poder público, en principio parecería lógico que dichas fuentes escritas y no escritas del derecho se refieran exclusivamente a la actividad judicial. Sin embargo, como hemos sostenido el sistema de fuentes del derecho no es aplicable en exclusivo a la función jurisdiccional sino a la actividad ius-administrativa donde funcionarios y personas públicas y privadas con funciones administrativas, analizan, aplican e

interpretan el ordenamiento jurídico y las demás fuentes no escritas del derecho. En tal virtud, el régimen de las fuentes del derecho no es un tema exclusivo y excluyente de una sola de las ramas del poder público sino del conjunto de aquellas, pues hasta el legislador en sus procesos legislativos, disciplinarios, jurisdiccionales por excepción, estudia, analiza y aplica el derecho con base en el sistema de fuentes del derecho en general.

En segundo lugar, las leyes centenarias y preconstitucionales desde 1887 y 1896, ya establecían reglas de aplicabilidad de las fuentes del derecho y concedían un carácter preponderante a la jurisprudencia entre las otras, pero obviamente inferior al propinado para las leyes y la Constitución. Estas eran las siguientes:

a) Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La Doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

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

c) 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 (artículo 8 de la Ley 153 de 1887).

d) Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla a casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores (artículo 4º Ley 69 de 1896).

En tercer término, según recientes fallos de la Corte Constitucional al resolver sobre la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887 ⁽⁴⁸⁾, mediante la Sentencia C-224-94, de Mayo 5º y sobre la exequibilidad del artículo 8 de la misma ley en Sentencia C-083-95, de Marzo 1º, sostiene sobre todo en esta última que la jurisprudencia “no es...fuente obligatoria ⁽⁴⁹⁾. A ella alude el artículo 4º de la Ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces”.

La Corte Constitucional en los fallos mencionados parece hacer una distinción entre la jurisprudencia nacida de los pronunciamientos de la Corte, la cual sostiene tiene una “función interpretativa” del derecho (artículo 4 Ley citada) y con las características antes vistas, de la llamada “doctrina constitucional” prevista en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, la cual tiene una “función integradora” del derecho y tiene unas connotaciones especialísimas que van más allá de la simple función interpretativa de los textos normativos constitucionales para convertirse en una especie *sui generis de normas constitucionales* nacidas de la función integradora del derecho y contenidas en los pronunciamientos de la Corte y aplicables por todos los jueces a falta de ley aplicable al caso. Estos argumentos deductivos de la Corte se hacen interpretando el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y el artículo 23 del Decreto 2067/91, cuando sostiene:

a) El Decreto legislativo 2067 de 1991 en el artículo 23 expresamente se hace mención a la “Doctrina Constitucional”, la cual se considera un criterio auxiliar no obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

b) Sostiene la Corte que:

“Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido

fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizado por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (artículo 241 Constitucional)”.

c) Más adelante sostiene:

“El artículo 8º (hace referencia) a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso *sub judice* no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo debe aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica”.

Sin embargo, no es posible aceptar una diferenciación entre jurisprudencia y doctrina constitucional, sólo porque la jurisprudencia que vierte la Corte en sus fallos reiterados sobre un mismo punto de derecho lo hace ahora la Corte Constitucional como organismo encargado de la guarda e integridad de la Constitución (artículo 241, constitucional) y en otrora lo hiciera la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, como Supremo Tribunal de Justicia y como órgano vigía Máximo de la integridad de la Carta Magna y aplicaba en su integridad el artículo 4º de la Ley 69 de 1896, reformatorio del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, el cual sostenía que constituía “Doctrina probable”, tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho y los jueces podrán aplicarla en casos análogos. Este cambio de jurisdicción y organismo judicial encargado de la integridad de la Constitucional no debe justificar el cambio del concepto de jurisprudencia vertida en los fallos por otro término que sugiere una especie de *norma constitucional sui generis* nacida de la facultad interpretativa o integradora del derecho como una organismo cuasi-legislativo⁽⁵⁰⁾. No esto no puede ser así. La jurisprudencia es una sola: el conjunto de pautas, reglas, principios y directrices que se vierten en la sentencia bien pueden formar una especie de Doctrina de carácter constitucional, si el objetivo último de la jurisprudencia es la interpretación e integración de normas jurídicas constitucionales. La jurisprudencia conduce a crear doctrinas de tipo constitucional como consecuencia de aquella, y jamás estas doctrinas pueden ser una especie concepción o figura jurídica autónoma (“norma constitucional” diferente a las normas escritas constitucionales, ¡vaya paradoja!) que es lo que explicita la Sentencia C-083-95 y Sentencia T-260-95, Junio 20.

Finalmente, digamos que el concepto de “doctrina constitucional” tiene origen legal y jurisprudencial y no constitucional, puesto que en el artículo 230 de la Constitución de 1991, aparece como “criterio auxiliar “ de la actividad judicial, la jurisprudencia. En las leyes centenarios de 1887 y 1896, el concepto se aplicaba al concepto dado en el artículo 4º de la ley 69 de 1896 de la “Doctrina Probable” y los subsiguientes artículos (incluido el 8º de la ley 153 de 1887), constituían el desarrollo explicativo de aquél y de las reglas o pautas para aplicar la jurisprudencia en ausencia de ley expresa a un caso concreto o en caso de duda, tal como comentábamos *ut supra*. Por ello, la Corte no podía darle una interpretación extensiva ni creativa de *normas constitucionales sui generis* como lo hizo en la Sentencias C-083-95 y T-260-95.

Para concluir, debemos preguntarnos, como tantas veces lo hecho la Corte Constitucional y ella mismo ha producido su respuesta, sobre ¿Qué parte de la Sentencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional y tiene por tanto efectos vinculantes?. La Corte desde la Sentencia C-131-93, había manifestado que toda la sentencia tiene efectos vinculantes, tanto la parte considerativa o motiva como la parte resolutive o decisoria, puesto que la parte motiva contiene la parte argumental, de razonamiento y demarcación de la decisión final, puede decirse que esta tiene un efecto de “cosa juzgada tácita”. En cambio, la parte resolutive o parte *decidendi*, que concluye el análisis argumental y resuelve el caso en concreto, contiene efectos jurídicos de “cosa juzgada expresa”.

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar - no obligatorio -, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”

Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es norma normarum, de conformidad con el artículo 4° idem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son *erga omnes*, según se desprende del propio artículo 243 constitucional” (Sentencia SU-640-98, Noviembre 5).

2.3.3.2. La Doctrina

La Doctrina es otra de las fuentes no escritas del derecho que tiene por objeto hacer hablar a las normas jurídicas constitucionales, legales o disposiciones normativas (actos administrativos) con el análisis, hermenéutica y elaboración de tratados, ensayos jurídicos, escritos o comentarios, los cuales servirán de parámetros teórico-prácticos para aclarar, rediseñar o prospectar el mejor entendimiento del derecho y acercarlo a la vida diaria entre quienes lo producen (órganos soberanos legislativos ordinarios o extraordinarios) y quienes son los destinatarios directos o indirectos, sujetos del mismo (en procesos administrativos o jurisdiccionales) o simplemente iniciantes en su estudio (estudiantes universitarios).

Tradicionalmente la Doctrina se había considerado como

“el conjunto de estudios de carácter científico que los juristas realizan sobre distintos aspectos o ramos del derecho con el fin de interpretar sus normas o de señalar las pautas para una correcta aplicación” ⁽⁵¹⁾

Sin embargo, hoy por hoy, este concepto se ha ampliado, puesto que fácilmente podemos hallar estudios, análisis o hermenéutica del derecho que pueden constituir doctrina en las actividades, gestiones o acciones diarias de los diferentes funcionarios administrativos, jurisdiccionales, legislativos, pertenecientes a organismos de control (Contralorías, Procuraduría, Defensoría del Pueblo), órganos electorales (Registrador del Estado Civil y Consejos Electorales) e incluso por personas privadas cuando unos y otros realicen funciones públicas.

Si la Doctrina en nuestro régimen de derecho legislado ha sido importante no sólo por servir de canal traductor, catalizador analítico y productor de postulados y teorías propias que se van incorporando en el ordenamiento jurídico vigente, tras ser recogidas, asimiladas y hechas propias por los legisladores ordinarios y extraordinarios cuando son llevadas a sus senos legislativos y presentados como propuestas de reforma legislativa (Actos legislativos, leyes o decretos con fuerza de ley) o de carácter jurídico administrativo (Ordenanzas y Acuerdos Municipales). Con iguales métodos, fines y resultados los jueces individuales y colegiados reciben los estudios doctrinales de tratadistas foráneos y nacionales en sus providencias judiciales para afianzar, potenciar o mejorar sus argumentos en defensa y garantía del ordenamiento jurídico, de la integridad y Supremacía de la Constitución o de la defensa de los derechos y deberes fundamentales, según fuere el caso.

Más aún, los propios legisladores como los juzgadores en sus respectivos destinos y gestiones como creadores de normas jurídicas (leyes) o creadores de sentencias (actos de

carácter jurisdiccional), respectivamente pueden generar paralela y conjuntamente actividades de análisis, estudio y hermenéutica jurídica del derecho o doctrina. En efecto, los legisladores realizan dicha labor en la llamada "Exposición de Motivos" que como parte introductoria de toda ley, aparece antes del encabezado numérico y objetivo de la ley. Esta exposición de motivos contiene una explicación formal y de fondo del texto de la ley, un breve análisis de la estructura de la ley: División de títulos, subtítulos, artículos, incisos, numerales y párrafos; así como un análisis de las diferentes corrientes del pensamiento jurídico involucrados en la ley, los principios, directrices y finalidades que persigue la expedición de la ley. Esto es lo que se conoce en nuestro Código Civil colombiano, como la "*interpretación auténtica*" realizada por el propio autor de la ley (artículo 25).

Por su parte, los jueces realizan esta labor doctrinal en la parte motiva o considerativa de la sentencia, pues es allí donde se vacían los argumentos fácticos y jurídicos que luego en la parte resolutive se convertirán en la parte *decidendi* de la sentencia. Los argumentos, posturas y directrices que insertan como trabajo intelectual, profesional y especializado en la parte motiva son verdaderos conceptos doctrinales que guían la labor judicial (al tomarlo como precedente para resolver otros casos) y sirven de reglas o directrices para el estudio, análisis y hermenéutica jurídica. Quizá por ello, a esta clase de actividad judicial el Código Civil Colombiano denomina "*interpretación doctrinal*" (artículo 26).

La Corte Constitucional, concordantemente con lo expuesto ha sostenido que la parte motiva de la sentencia contiene "*los conceptos... que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos*", y por tanto, la parte considerativa de "*la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar - no obligatorio -, esto es, ella se considera obiter dicta*", y goza de cosa juzgada implícita (Corte Constitucional, Sentencia SU-640-98, Nov.5). Por ello, bien puede decirse que parte de la labor doctrinal de los propios jueces en sus providencias es la "*sistematización de las decisiones jurisprudenciales*" ⁽⁵²⁾, que ellos profieren.

Igualmente, 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 particulares. Esto es lo que se llama clara y diáfananamente "*intepretación doctrinal*" (artículo 26 del C.C.).

En consecuencia, los conceptos, los estudios y el análisis del derecho, de la jurisprudencia, la legislación y de la actividades normativas de funcionarios administrativos o con funciones públicas realizada por los autores o ius-tratadistas constituyen doctrina o fuente no escrita del fuente del derecho administrativo colombiano.

En Francia, la doctrina ha jugado un papel preponderante en la construcción y evolución del derecho administrativo, hasta el punto que aspectos puntuales como la teorización y clasificación de los "Actos de Autoridad" y "Actos de Gestión", lo mismo que la conceptualización de la Teoría del "Servicio Público", el "Sistema de la Doble jurisdicción", la variada gama de eventos de la "Responsabilidad contractual y extra-contractual del Estado"; entre muchos otros, han sido fruto de la doctrina francesa, representada en la tradicional "Escuela de Burdeos" de León Duguit, en principio, y luego por tratadistas de renombre universal como *André de Laubadere, Jackes Moureau, Jesé, Jean Riveró, Marcel Waline, Debrasch, Guy Braibant, René Chapus*, y muchos más.

En el Derecho Ibérico, la doctrina ha participado en la construcción de las instituciones jurídico-administrativas (disposiciones normativas o reglamentarias o "actos objetivos" entre nosotros, la Teoría del Administrado en el derecho administrativo, etc.), los procedimientos administrativos (v.gr. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 –LPA–, modificada por la La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento

Administrativo Común de 1992, LRJAP y PC) , las acciones contencioso-administrativas (v.gr. "De lesividad) y los procedimientos jurisdiccionales correspondientes (previos los recursos administrativos y previos a ocurrir ante las autoridades judiciales) ante las Audiencias Territoriales y el Consejo de Estado. En esta construcción han participado *Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, Francisco González Navarro, Rafael Entrena Cuesta, Ramón Martín Mateo, Fernando Garrido Falla, Juan Santamaría Pastor, Luciano Parejo Alfonso, Luis de la Morena, Alejandro Nieto García, Martín Bassols Coma, José Luis Meilán Gil, Jesús Leguina Villa, J.M. Castells Arteche, José Luis Villar Palasí*, entre muchos otros,

En Colombia, "*la falta de un buen número de especialistas sobre la materia*", hace que la doctrina no tenga el rango y calidad menos relevante que la del derecho francés e ibérico. Sin embargo, consideramos que la falta de ius-administrativistas es coyuntural, puesto que sólo apenas en la década de los ochenta las Facultades de Derecho comienzan a enfatizar en el estudio, análisis, reflexión e investigaciones en el área de Derecho Público. Podría decirse que estamos en la época de la siembra de especialistas. Pero por otra parte, nuestras Tribunales Administrativos, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, a la cabeza, no han seguido una línea pedagógica del derecho administrativo y se han limitado a resolver casos puntuales con argumentos puntuales, excepcionalmente se avoca institucionalmente una figura jurídico administrativa dentro de una sentencia de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley o de actos administrativos. La Doctrina vaciada en las decisiones judiciales (doctrina jurisprudencial) de éstos organismos se conoce y publica escasamente por personas privadas a grandes costos, no muy accesibles a los discentes y difícilmente a los docentes.

Los abogados litigantes en derecho administrativo no son especialistas en derecho público, pues son escasos los postgrados en ésta área del derecho en nuestras universidades colombianas. Aplican conocimientos ius-privatísticos a casos puntuales de derecho administrativo y se amplía la órbita de desconocimiento especializado que se refleja necesariamente en los Tribunales Administrativos regionales, donde ex-jueces civiles de circuito integran estos organismos jurisdiccionales.

Visto lo visto, el cambio debe ser estructural tanto de las Facultades de Derecho, los Departamentos de Postgrados (complementando el cuadro con especialistas, magíster y doctorado en Derecho Público) de la Universidad Pública colombiana, pues la Universidad Privada hace rato se ha incorporado al cambio. Las autoridades educativas estatales deben mejorar sus normas y estatutos para potenciar el acceso de más personas a la universidad, para que se mejore la calidad y la solvencia profesional y ética de los docentes que guían los procesos educativos universitarios y se comprometa a la sociedad toda para que participe efectivamente no sólo en reclamar "buenos profesionales" sino en aportar su contingente de moral pública y probidad personal de quienes hoy siendo estudiantes serán luego sus defensores, garantes o dadores jurisdiccionales o creadores legislativos de derechos constitucionales fundamentales o colectivos. Todos estamos comprometidos con esta empresa social que se retro-alimenta, que da y recibe (*Do ut Des*, decían los latinos). La Universidad no solo es la reserva moral y profesional de un pueblo sino la reserva del hombre en sociedad.

2.3.3.3. La Costumbre *praeter legem*

La Costumbre, es un sentido lato, es el uso repetido y generalizado de un hecho, un suceso o actividad determinada y determinable por los miembros de una sociedad. Estos sucesos o hechos con el transcurso del tiempo se convierten en una pautas y directrices que regulan la convivencia entre las personas en determinados aspectos o asuntos en los cuales esta por medio un derecho, un deber o una obligación de carácter jurídico.

La venerable y difícilmente olvidada Ley 153 de 1887, sostiene que "*la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva*"

(artículo 13). Se establece de esta forma que la costumbre para ser considerada como tal debe ser general, aplicarse en subsidio de ley preexistente y ser conforme a la moral cristiana. En aquella época, podía reunirse los tres requisitos sin problema alguno, hoy difícilmente puede serlo, no sólo porque hoy tenemos una abundantísima legislación que regula, a veces, exageradamente aspectos de la vida diaria de las personas sino porque en otras, se ha convertido en una verdadera intrusión del legislador en aspectos que no son objeto de legislación. Hoy en día, existe una hiper-exposición normativa y un cambio conceptual evidente del concepto de moral reducida solo a la conformidad de la ley a la Constitución Política, al propio ordenamiento jurídico, al interés colectivo, social o comunitario y al respeto del derecho ajeno o el de los demás. Considerados hoy por hoy, como límites visibles del derecho ⁽⁵³⁾.

Como sostiene la Corte Constitucional, “bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales del derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8º y 13º de la Ley 153 de 1887” (Sentencia C-083-95, Marzo 1º). En la Constitución de 1991, la costumbre ni siquiera fue mencionada como “criterio auxiliar de la actividad judicial” (artículo 230), pero no por ello se puede concluir que esta no sea una fuente del derecho, pues las leyes centenarias mencionadas de existencia preconstitucional, siguen vigentes y en pleno vigor y con igualdad de criterios a los que originaron su inclusión en el ámbito legal.

Sin embargo, una especie de degradación ha sufrido la costumbre como fuente del derecho colombiano, quizá por aquello de que el tiempo no pasa en vano o porque en el caso de la costumbre, la balanza del tiempo se sigue inclinando hacia el exceso de normativismo jurídico que todo lo cunde y escasamente deja unos claros para que pase aspectos consuetudinarios, no escritos como la costumbre por en medio de la maraña legislativa o por la excesiva potenciación del concepto y actividad de labor interpretativa, de hermenéutica e integradora del derecho realizada por los funcionarios judiciales (conocida como jurisprudencia), que hoy por hoy en Colombia ha creado una especie de *norma jurídica constitucional* de aplicabilidad subsidiaria y en ausencia de reglamentación legal sobre un punto de derecho o de oscuridad o laguna legal (conocida eufemísticamente como “Doctrina Constitucional” ⁽⁵⁴⁾).

Con la nueva interpretación del sistema de fuentes del derecho realizada por la Corte Constitucional (Sentencias C-131-94 y Sentencia C-083-95), la ley y la “doctrina constitucional” de la Corte, ocupan el primer escaño en el sistema de fuentes del derecho, y la “jurisprudencia (que es “distinta” dicen de la doctrina constitucional), la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (artículo 230 id) y como contrapartida, se mantiene la concepción de que la costumbre con carácter legislativo y preconstitucional, “constituye derecho, a falta de legislación positiva” (artículo 8º Ley 153/1887), aunque con diverso valor y vigencia en las diferentes ramas del derecho colombiano. En efecto, el valor y efectos de la costumbre es más relevante en el derecho mercantil o comercial, por cuanto la normatividad de los mercachifles tiene como fundamento precedente o obvio los repetidos usos y costumbres que son más ágiles que la misma labor legislativa que pretende recoger y actualizarlas con carácter normativo. En el derecho público aunque con igual valor, los efectos de la costumbre son menos incidentes, pero no por ello, de tenerse en cuenta como fuente no escrita del derecho administrativo con la siguiente aclaración.

La Costumbre, en la doctrina ibérica (Entre ellos, *Entrena Cuesta* ⁽⁵⁵⁾) puede ser *secundum legem* (según o de conformidad con la ley), la *contra legem* (contraria a la ley) y la *praeter legem* (más allá de o por encima de ley). La *costumbre secundum* y *contra legem* no se consideran fuente complementaria o aclaratoria del derecho administrativo, por cuanto el derecho administrativo colombiano siendo mayoritariamente escrito y legislado, los claros en esa maraña normativa puede provocar son mínimos, máxime que vayan en contra de los principios y contenidos de la ley o que repitan, plagien o “fotocopien” el contenido mismo de la ley. Pues en el primer caso la costumbre no constituirá derecho porque de suyo se auto-

excluye de ser o hacer parte del derecho. Igual sucede con la costumbre conforme a la ley, pues si esa costumbre ya ha alcanzado el rango de ser conforme o igual a la ley, fácilmente puede deducirse que es la ley misma. Si la ley recoge una costumbre previa y la subsume en su texto, aquella deja de tener sentido y razón de ser, porque ahora es ley y deja ser costumbre obviamente.

Sin embargo, la discusión doctrinal en el derecho ibérico es si la costumbre *praeter legem*, puede o no considerarse como fuente del derecho administrativo. Al respecto, el *Martín Mateo*, considera que este tipo de costumbre es una especie de la costumbre *Secundum Legem*, pues sólo tiene relevancia en el derecho administrativo aquella costumbre cuando es recogida por el legislador, cuando éste expresamente afirma que en determinadas circunstancias se aplicará la costumbre que reinaba antes ⁽⁵⁶⁾. En cambio, como los sostiene *Entrena Cuesta* ⁽⁵⁷⁾, la costumbre *preter legem* puede considerarse una fuente limitada del derecho administrativo en los siguientes casos: a) Sí la Ley administrativa remite expresamente a la costumbre para regular determinadas relaciones o situaciones con preferencia de normas escritas, aplicable en defecto de esa sola costumbre; y, b) Sí es fuente supletoria, se considerará si se generó al margen de la actividad administrativa, en las relaciones entre particulares, o surge a causa de aquella actividad (se refiere a la "práctica administrativa").

En el derecho colombiano la costumbre *praeter legem* consuetudinariamente se ha venido aplicando, más en el segundo evento propuesto por el autor español que el primero. Sin embargo, la razón de ser de esta modalidad de costumbre se halla en la previsión de ir más allá de lo estipulado en la propia norma jurídica (evento primero). Es a esta clase de costumbre a la que debe ponerse atención por parte de los juristas porque allí se el criterio visionario del derecho, el ver más allá de la propia norma escrita, con el fin de que el ordenamiento jurídico de un Estado sea más dinámico, evolutivo y permeable a las situaciones concomitantes o subsiguientes y no previstas expresamente en la norma jurídica.

La Corte Constitucional desde la sentencia C-224-94, al reconocer la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, y luego ratificada por la Sentencia C-083-95, Marzo 1º, recoge el pensamiento de la doctrina ibérica en el sentido de que *“esta vigente en nuestro derecho la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario”*.

2.3.3.4. Los Principios Universales del Derecho

Los principios generales del derecho que menciona la Constitución de 1991 en el artículo 230, como *“criterio auxiliar de la actividad judicial”*, es la versión estatalizada de los principios universales del derecho que se acogen en el criterio de la universalización del derecho. Hoy por hoy, no podemos establecer estos principios con carácter estatal sino universal, puesto que ya no existen los límites fronterizos de la ciencia jurídica si no es desde el punto de vista de la aplicabilidad territorial del derecho a un caso concreto. El derecho es transfronterizo en su estudio, análisis doctrinal y jurisprudencial, hermenéutica trans-estatal y, por su puesto de acogimiento con algunas reservas (protocolarias o convencionales) de aquellos principios trans-estatales que cada día conforman los llamados principios universales del derecho.

La Corte Constitucional Colombiana, ha sustentado con base en criterios doctrinales de Hernán Valencia Restrepo (En: *“Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho”*), Joaquín Arce y Flórez-Valdés (En: *“Los principios generales del derecho y la formulación constitucional”*) y Genaro R. Carrió (En: *“Principios jurídicos y positivismo jurídico”*), que las llamadas *“reglas generales del derecho (normas jurídicas, entre nosotros) equivalen a los principios que informan el derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas*

generalizaciones, del derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquellos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel derecho” (Sentencia C-083-95, Marzo 1º). Criterios estos que son válidos y perfectamente aplicables en el derecho colombiano, según lo sostiene la Corte.

Como ejemplo de esta actitud recuerda que el principio o regla “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, no está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico colombiano, pero eso no significa que el juez al resolver un caso concreto no deba ni tenga que aplicarlo (C.C., Sentencia C-083-95).

Sin embargo, en la sentencia citada reconoce que el principio o regla en nuestro derecho, actualmente se deriva de normas jurídicas constitucionales que reconoce la buena fe debe observarse por particulares y funcionarios estatales en toda clase de gestiones (artículo 82, constitucionales). Si esto es así, el principio debe seguir siendo principio y no sinónimo de regla, pues en este caso, corre la misma suerte que la costumbre *secundum legem* que desaparece por sustracción de materia, al incorporarse a la ley misma.

En otro ensayo nuestro ⁽⁵⁸⁾, al hablar de la notificación y los recursos administrativos hemos sostenido: que en la notificación del acto subjetivo se deberá informar expresamente los recursos administrativos que proceden contra dicho acto. “Si no obra así hace creer al interesado que no procede ningún recurso y que, por lo tanto, está agotada la vía gubernativa...” . En estos casos, el “error es imputable a la administración y que, por consiguiente, no le es aplicable el principio... *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. (C.E., Sección Segunda, Sentencia de Julio 3 de 1982).

Esto es lo que la doctrina universal conoce como proceso de lesividad ⁽⁵⁹⁾ en el que la propia administración pública o estatal demanda sus propios actos por considerarlos lesivos para el emisor y con base en las causales previstas en los artículos 84, 85 y 149 del C.C.A., y en contravía del principio universal del derecho: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

La Corte Constitucional, reconoce que

“La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (artículo 83 constitucional). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (*vir bonus*).

La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad, y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (“*venire contra factum proprium*”), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, ... De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso. (Corte Constitucional, Sent. de Julio 15 de 1992. T-475. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Los principios generales que muchas veces los denominamos como tales, no son más que versiones en latín de instituciones jurídicas que ya están previstas en la ley, o más aún se han constitucionalizado, tales son los casos a título de ejemplo, el caso citado anteriormente por la Corte Constitucional que en el derecho público colombiano sí tiene aplicabilidad el que la

administración sí pueda alegar su propia torpeza, no sólo en vía administrativa (a través de la revocatoria directa de los actos o el ejercicio de los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja), sino en vía jurisdiccional a través de la acción de lesividad.

En este sentido se han elevado a norma jurídica los principios que ya dejan de serlo por este hecho. Tales son: el *nom bis in idem*, *reformatio in pejus*, *non adimplendi contractus*, *Absolutaria esse omnia iudicia* (El juez debe absolver al demandado que satisfacía la pretensión de la demanda, cualquiera fuera la naturaleza de la acción); *Furtum usus* (abuso de confianza); *Actos ad aemulation* (abuso del derecho); *Excusatio non petita accusatio manifesta* (excusación no pedida acusación manifesta); *Actio damni iniuria dati* (Acción aquiliana por daño); *Actio Redhibitoria*; *sine qua nom*; *iurisdictio contentiosa*; *ius domum revocandi*; *ius proprium civitas*; *in dubio pro reo*; *Habeas Corpus*; *dura lex, sed lex*; *in integrum* (restitución de acciones o derechos); *quid pro quo* (una cosa por otra equivalente); *Statu quo* (estado de cosas en un determinado momento); *A-quo*; *Ad-quem*; *Ad hoc*; *boni fumus iuris* (apariencia del derecho), *ius postulandi*, *erga omnes*, etc.

De igual forma instituciones jurídicas o “principios” que se han castellanizado, pero que han dejado de serlo por haberse positivizado constitucional (como derechos, deberes o valores) o legalmente, tal es el caso de la *Cosa juzgada*; *la igualdad*, *la buena fe*, *el desarrollo de la personalidad*, *la dignidad humana*, *la paz*, *el honor*, *el conocimiento*, *la doble instancia*, *el juez natural*, *defensa*, *contradicción de la prueba*, *nadie puede ser condenado si antes no es oído y vencido en juicio o inocencia*; *el contrato es una ley para las partes*; *la ley más favorable*; *la retroactividad*; *exclusividad y obligatoriedad de la administración de justicia*; *libre acceso a la administración de justicia*; *acceso al ejercicio y control del poder público*; *prevalencia o jerarquía normativa*; *la moralización*, *igualdad*, *eficacia*, *economía*, *celeridad*, *imparcialidad y publicidad de la función pública*; *el debido proceso administrativo y jurisdiccional*; *Tutela o garantía jurisdiccional efectiva*; *el sistema de fuentes del derecho*; *toda sentencia debe ser motivada*; *todo delito, contravención o falta esta previamente tipificado en la ley*; *la descentralización*, *desconcentración y delegación de funciones públicas*; *Autonomía administrativa*; *Responsabilidad del Estado*; *Inalienabilidad y prevalencia de derechos constitucionales*; *libre escogencia de cargo o destino público*, *libertad de elegir y ser elegido*; *prevalencia del derecho sustancial*, etc.

En consecuencia, hoy por hoy, el listado de principios generales o universales del derecho es muy reducida por la continua positivización en todas las legislaciones del mundo. En Colombia, esta situación es tan palmaria, tal como lo hemos demostrado a título de ejemplo anteriormente, que a partir de la Constitución de 1991, una de las críticas que se ha hecho a la nueva técnica constitucional adoptada por los constituyentes de 1990, es de que constitucionalizaron todos los principios generales y universales, al punto que hoy solo quedan aquellos que por deducción o trabajo doctrinal puedan irse detectando en los pronunciamientos judiciales; la labor legislativa; la actividad ius-administrativa de funcionarios estatales y las personas privadas e incluso en la labor de los organismos de control fiscal, conductal y electoral del Estado.

Una de las metodologías para hallar estos nuevos principios universales del derecho (pues los generales o estatales ya quedan pocos), es a través de los pronunciamientos y trabajos doctrinales de organismos internacionales. En efecto, los principios del derecho universalmente acogidos se hallan en la labor de la jurisprudencia de los Tribunales mundiales de Justicia, como el de la UE – Unión Europea--; El Tribunal Andino, El Tribunal de la HAYA --Holanda--, Tribunal de los Derechos Humanos, El Tribunal Penal Internacional entre otros. Así mismo, en las legislaciones, Reglamentos, Directivas o Directrices Universales de las Corporaciones como la ONU, OEA, OIT, UNESCO, OMS, CE, etc; y finalmente, en la actividad administrativa de organismos internacionales, tales como los relatados anteriormente, o de aquellos que agrupan a varios Estados del Mundo, como O.N.U., UE, PACTO ANDINO, LA ORGANIZACIÓN DE LOS SIETE; los del COMMONWELCHT, etc. En estos últimos casos, obviamente que dichos principios no estén

previstos como normas jurídicas positivas, o que si se acogen por terceros países se tengan en la calidad de tales y no como normas jurídicas.

En consecuencia, los principios universales del derecho, hoy por hoy, se ubicarían en estos grupos:

a) Los principios normativizados en las legislaciones de cada país (en Colombia, por ejemplo, en el Código Civil, artículos 4 a 72; en el Código Contencioso Administrativo en los artículos 2 a 4; En el Código Procesal Penal artículos 1 a 22; Código Penal, artículos 1 a 12; Código de Procedimiento Civil, artículos 1 a 6; en fin en todos los demás Códigos sustantivos y procesales colombianos) o elevados a rango constitucional (En Colombia, varios de los llamados derechos fundamentales del Título II y los dispersos en todo el texto constitucional y los relatados anteriormente ^[60]). En este caso, al dejar de ser principios del derecho e incorporarse a la Constitución o a la ley, es lógico que su aplicabilidad en el sistema de fuentes se hará como fuentes originarias o derivadas del derecho escrito y no como meras fuentes no escritas o de “criterios auxiliares de la actividad judicial” como los denomina el artículo 230 de la Constitución.

b) Los principios generales del derecho no son sólo producto de la actividad jurisdiccional, sino de la administrativa, de la funcional del Estado en cualquiera de las ramas del poder público, cuando unos y otros incorporen en sus providencias judiciales o decisiones administrativas, elementos o factores de interpretación, integración y hermenéutica del derecho. No nos referimos a la casuística y a los elementos simplemente fácticos viables en las decisiones sino a los elementos *ius* naturalistas y del derecho interpretador producido por las autoridades judiciales o administrativas.

2.3.4. FORMAS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO

En realidad de verdad, en esencia, no pueden considerarse fuentes del derecho a la *equidad natural* y a la *analogía*, tal como lo estima, al menos para la equidad el artículo 230, constitucional. En consecuencia, sin ser propiamente fuentes del derecho, son verdaderas formas de integración del derecho a las que acuden jueces, funcionarios estatales o personas privadas con funciones administrativas y doctrinantes cuando estudian, analizan o aplican las normas jurídicas de derecho originario, de derecho derivado o accesorias o complementarias del derecho. Estas formas de integración no son *numerus clausus* o de relación taxativa y por ello, inicialmente se consideran y analizamos como tales, a la *equidad natural* y a la *analogía*.

2.3.4.1. LA EQUIDAD NATURAL

La Equidad (“*Aequitas*”), concepto abstracto sinónimo de ideal o modelo al cual debe adaptarse el derecho; finalidad a la que debe atemperarse toda norma jurídica, tal como lo sostiene *ALVIZ Y ARMARIO* ^[61]. La equidad constituye un factor teleológico que debe estar inmerso en todo el ordenamiento jurídico. El *deber ser* y el *ser* del derecho es una relación tensión que desde la época de *Kelsen* ya se planteaba y que aún tiene plena vigencia, no solo en el ámbito de creación del derecho, sino –y con mayor razón– en el desarrollo, aplicación, modificación y extinción del mismo, puesto la derogación de una norma jurídica provoca el nacimiento de otra que se supone supera o mejora a la extinguida, persiguiendo siempre haber mejorado la anterior o suponer haberla mejorado.

Hoy por hoy, la equidad como la justicia, la dignidad humana, la moral social, el pluralismo (político, étnico, cultural, idiomático, religioso, etc), la libertad, el libre desarrollo de la personalidad; entre otros, constituyen “*valores constitucionales*” y como tales, iluminan, corporeizan, llenan de fundamento, razón de ser y existir; al igual que sirven de guía, directriz y parámetro a las normas jurídicas (constitucionales, legales, o disposiciones administrativas) y en forma especial y directa a las normas jurídicas constitucionales (Constitución, Actos Legislativos y Actos constituyentes del Pueblo por referéndum o de la Asamblea Nacional

Constituyente). La equidad como valor constitucional es la visión que debió plantearse en la Constitución de 1991 y no como uno más de los “*criterios auxiliares de la actividad judicial*”, pues al hacerlo así los Constituyentes de 1990, degradaron su razón de ser y el alto valor que representa como haz que irradia todo el derecho sustantivo y procesal previsto en la Constitución. La igualdad, la paz, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, etc., se positivizaron como normas constitucionales pese a ser valores constitucionales, en cambio, la equidad se la redujo a un “criterio auxiliar de la actividad judicial”, como si la equidad fuese un rasero que solo se aplica en las labores de la rama judicial y no en todas las actividades del poder públicos, organismos de control y electorales y aún en las gestiones o acciones de las personas privadas con funciones públicas.

La equidad, pura y simple, en la legislación colombiana desde 1887, se la ha venido considerando como un forma de interpretar el derecho con carácter subsidiario y a falta de una serie de métodos, procedimientos o clases de interpretaciones. La equidad en nuestra legislación toma el nombre de “equidad natural”. En efecto, el artículo 32 del Código Civil, expresa que la “*equidad natural*” constituye una forma de interpretación de la ley a la que se debe acudir, una vez agotada la interpretación “auténtica” o legislativa; la interpretación doctrinal (efectuada por los jueces o funcionarios públicos o estatales); la interpretación gramatical; la interpretación sistemática y la extensiva; y además, cuando los “pasajes” de la norma sean oscuros y contradictorios. Siendo así, la equidad no es una fuente del derecho sino una forma de interpretarlo, o más aún de integrarlo cuando no existe otra manera de interpretarlo o a falta de normas expresas y claras que lo supongan o creen.

“ El artículo 32 introduce una de las más importantes reglas de interpretación en materia civil. Deja esclarecido que la única fuente del derecho no es la ley. Con base en este artículo nuestra jurisprudencia ha dado cabida a modernas teorías desarrolladas preferentemente desde comienzos del siglo (se refiere al s.XX), como el abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, buena fe, imprevisión, fraude a la ley, error común, constituye derecho” ^[62] .

2.3.4.2. LA ANALOGIA

La Analogía “es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma” (C.C. Sentencia C-083-95, Marzo 1º)

La analogía es otra de las formas de integración del derecho o forma de llenar las lagunas dejadas por el ordenamiento jurídico en el camino de regular todas las actividades humanas, las relaciones de las personas entre sí, o de éstas con los organismos, dependencias, instituciones o entidades del Estado. Estas “*lagunas legales*” (o mejor del ordenamiento jurídico como conjunto de normas jurídicas constitucionales, legales o administrativas) pueden ser llenadas con base en las reglas y procedimientos adoptados por la analogía.

Sin embargo, la Corte Constitucional en un fallo no muy reciente, estima que no puede hablarse de “lagunas de derecho”, puesto que el “*conjunto de normas que constituyen un ‘sistema’... pues entre las fuentes formales principales – la ley en sentido material—y las fuentes formales auxiliares –las demás-- , se establece lo que Cossio denominaba la ‘plenitud hermenéutica del derecho’, en virtud de la cual aquello que no esté prohibido está permitido pero, en todo caso, todas las situaciones jurídicas están previstas por el sistema que conforma el ordenamiento jurídico. Dentro del sistema normativo colombiano la fuente primera es la Constitución*” (C.C., Sentencia, Sala Plena, C-104-93, Marzo 11).

Esto sería cierto, sino se hubiese aclarado que las lagunas no son del “derecho”, sino “lagunas legales” o previstas en el ordenamiento jurídico. La misma Corte yerra cuando

confunde una y otra forma de lagunas. En el derecho que va más allá de las simples normas jurídicas, de la positivización del derecho, es obvio que no pueden existir lagunas porque el derecho es un concepto *in integrum* de la actividad humana y de sus relaciones sociales, políticas, culturales, tecnológicas, científicas, económicas y no simplemente normatizadas de carácter jurídico. Por ello, sí es posible que en el derecho normativizado se presenten lagunas que pueden --y de hecho así es-- ser llenadas mediante procedimientos y formas analógicas de aplicación del ordenamiento jurídico.

El Código Civil Colombiano en el artículo 32, expresa que en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores (se refiere a la interpretación auténtica o legislativa, la doctrinal, la gramatical, la sistemática y la extensiva, artículos 25 a 31 del Código Civil), se interpretarán los pasajes oscuros o contrarios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Sobre este último aspecto ya nos hemos referido en el aparte anterior y ahora nos referiremos a la analogía.

En efecto,

“El artículo señala en forma expresa que en materia civil se puede recurrir a la analogía para resolver un caso no legislado. La analogía no es un método de interpretación sino un procedimiento que sirve para integrar el derecho para llenar una ‘laguna legal’. Esta situación no se plantea en el Derecho Penal, ya que sin ley no hay delito ni hay pena” ^[63].

Estas reglas de integrar el derecho en el ámbito civil perfectamente son válidas en el derecho público y en particular en el derecho administrativo. Por ello, “el juez que apela al razonamiento *per analogiam* no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley” (CC., Sentencia C-083-95, Marzo 1º). En tal virtud, si el juez al aplicar la analogía indirectamente está aplicando la ley, pues hace un razonamiento lógico jurídico entre lo que está expresamente previsto en el ordenamiento y el caso práctico (casuística) al cual deduce por reglas de interpretación e integración del derecho que debe aplicarse *per analogiam*, se puede decir que la analogía no existe como “fuente autónoma, diferente de la legislación”, sino que se constituye en una forma de integración del derecho, un método idóneo para llenar las lagunas previstas en el ordenamiento jurídico y, finalmente una herramienta de *ultima ratio* (agotadas las formas de interpretación del derecho y las fuentes originarias y derivadas del derecho escrito y las fuentes no escritas del derecho) para integrar el derecho por parte del juez, el funcionario estatal o la persona privada con función pública cuando se halle ante un caso práctico o doctrinal ausente de aplicación directa del ordenamiento jurídico (no solo de la ley) y tenga que hacerlo por analogía.

La Corte Constitucional Colombiana, estima que existe una especie de “*reglas generales del derecho*”, cuando se aplica la “analogía legis” (anteriormente analizada) y la “*analogía iuris*” ^[64] en un caso concreto, entendiendo esta última a partir de “*diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada*”.

La analogía legis o analogía iuris, como modalidades, procesos o métodos de integración del derecho, son en últimas una forma de aplicación indirecta de la ley, que al no ser autónomas de la legislación tampoco pueden ser fuentes escritas o no escritas del derecho. Dichos procesos intelectivos o de razonamiento y argumentística del juez, del funcionario estatal o de la persona privada con función pública queda subsumido en la aplicación indirecta por métodos inductivos-deductivos del ordenamiento jurídico. Quizá por estas razones la analogía no aparece en el listado no taxativo de los “criterios auxiliares de la actividad judicial” previstos en el artículo 230, constitucional, aunque sí en forma implícita en el artículo 32 del Código Civil Colombiano.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (22) Citado en nuestro libro: DERECHO LABORAL COLOMBIANO. Ed. Universidad Mariana de Pasto (UNIMAR), Pasto, 1987, pág. 37.
- (23) RIASCOS GOMEZ, Libardo. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. En: Revista FORO, Facultad de Derecho, Universidad de Nariño, Núm. 15, Pasto, pág. 65.
- (24) SACHICA, Luis Carlos. JERARQUIZACION DE LAS LEYES. En: AMBITO JURÍDICO Periódico Legis S.A. Ed. Legis. Bogotá. Núm.72, Enero de 2001. pág. 17
- (25) MORA OSEJO, Humberto. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY ESTATUTARIA. En: Revista FORO. Facultad de Derecho, Universidad de Nariño, Núm. 19, Pasto, pág. 100
- (26) RIASCOS GOMEZ, Libardo O. Ob.ut supra cit., pág. 66.
- (27) Ibidem.
- (28) MARTIN MATEO, Ramón. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Instituto de Admon. Local. Madrid, 1984, págs. 101-107
- (29) MARTÍN MATEO, R., Ob. ut supra cit. pág. 106.
- (30) ENTRANA CUESTA, Rafael. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Ed. Tecnos, 7a.,ed., 1982, Madrid (Esp.), págs.82-161
- (31) RODRÍGUEZ, Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y ESPECIAL. Ed. Temis, 7ª ed., Bogotá, 1994, pág. 29 y ss.
- (32) Citado por ENTRENA CUESTA, R. Ob. cit. pág. 85
- (33) “El preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiran al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos... (por eso) el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instauro y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel—que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. Sentencia C-479-92, Agosto 6 de la Corte Constitucional. El Preámbulo de la Constitución de 1991, manifiesta: “El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:”
- (34) RIASCOS GOMEZ, Libardo. LA TEORIA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL PERFECCIONAMIENTO, LA EXISTENCIA, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL ACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NULIDAD, LA REVOCATORIA Y LA

SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO. Digitocomputarizada, Pasto, 2001, pág. 114. También en Dirección de WEB: () La teoría de la jerarquía normativa o Merkleiana, surge en los estudios elaborados por el austriaco *Adolf MERKL*, el cual retomó, los estudios, los principios y las teorías vertidas por la llamada “escuela normativista” del derecho, propuesta por su compatriota *Hans KELSEN*, cuando expresaba: "La noción de jerarquía de los actos juega papel capital en la construcción y la explicación del ordenamiento jurídico. Es a través de ella como se combinan, se ordenan y se armonizan, en el seno de un sistema jurídico, las diferentes fuentes del derecho". Esta teoría sostiene que la Constitución (o ley fundamental austriaca), constituye la base de todo el ordenamiento jurídico, y como tal, sobre ésta se levanta, organiza y jerarquiza el resto del ordenamiento jurídico conformado por leyes parlamentarias y por normas jurídicas de órganos soberanos del Estado.

- (35) Ob. ut supra cit., pág. 25. Como sostiene el profesor *Coral QUINTERO* la gradación de normas postulada por *Kelsen*, parte del presupuesto básico de que la Constitución representa el nivel más alto del derecho y a partir de allí se dan cuatro niveles o grados de jerarquía, a saber: a) Grado A: Representado por la Norma Abstracta y general que es la misma Constitución; b) Grado B: Representado: La Norma General que es la ley; c) Grado C: La Norma concreta o el Reglamento; y, d) Grado D: Norma individualizada que es la decisión jurídica y el contrato como origen de una norma para las partes. En el derecho público y el particular en el derecho administrativo colombiano, que prácticamente lo agota, los planteamientos de *Merkl* y *Kelsen*, hoy por hoy, tienen plena validez y vigencia, puesto que esta visión gradada del ordenamiento jurídico es fácilmente asimilable en nuestro derecho. En efecto, el Grado A, estaría representado por la Constitución Política de 1991; el Grado B, estaría representado por las leyes del Congreso y los decretos-leyes o actos con fuerza y rango de ley, expedidos por el Presidente de la República en virtud de su calidad de “legislador extraordinario” en el ámbito colombiano; el Grado C, esta representado por los actos administrativos generales o abstractos emitidos por todos los funcionarios y autoridades del estado, en las condiciones y predicamentos del artículo 1 del C.C.A., e incluso aquellos actos administrativos expedidos por las personas privadas con funciones administrativas. Esto por cuanto el Reglamento del derecho austriaco no es más que un acto administrativo general en nuestra nomenclatura jurídica; y finalmente, el Grado D, está representado por los actos administrativos subjetivos, expedido en las condiciones y predicamentos del artículo 1 del C.C.A. Esto y no otra cosa, es lo que se entendería como “norma individualizada” o “decisión jurídica”, propuesta por *Kelsen* en su teoría gradada de normas jurídicas.
- (36) En 1993, se dictaron tres Actos Legislativos: El Primero, erigió a Barranquilla como “Distrito Especial, industrial y portuario” (Núm.1º de Agosto 17); El Segundo, adopta medidas transitorias en materia presupuestal para 1993 y 1994 (Núm.2º de Noviembre 23); El Tercero, adiciona las causales faltas absolutas y temporales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de congresistas y servidores del estado de elección popular --artículos 134 y 261—(Núm. 3º de Diciembre 15). En 1995, se dictaron dos: El primero, adiciona sobre la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación --artículo 357—(Núm.1º de Diciembre 1º); El Segundo, sobre integración o tribunales militares --artículo 221—(Núm. 2º de Diciembre 21). En 1996, uno: Por el cual se modifica las funciones de el asamblea Departamental --artículos 299 y 300—(Núm. 1º de Enero 15). En 1997, uno: Por el cual se modifica la extradición de nacionales colombianos --artículo 35—(Núm. 1º de Dic. 16). En 1999, uno: Por el cual se reforma la institución de la expropiación – artículo 58—(Núm. 1º de Julio 30). En 2000, se dictan dos: El primero, por el cual se cambia el nombre del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá por Bogotá simplemente –artículo 322—(Núm. 1º de 17 de Agosto); El segundo, sobre la recreación, el deporte y el tiempo libre –artículo 52—(Núm. 2º de Agosto 17).

- (37) La Sentencia de 9 de Octubre de 1990, Expediente 2214 (251-E), por la cual se revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo Núm. 1926 de 1990, fue catalogada como “histórica” por dar luz verde a la Convocatoria de una Asamblea Nacional Constitucional, pero salpicada de presiones sociales y políticas.
- (38) A mediados del año 2000 un grupo de parlamentarios apoyaron la iniciativa de referendo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno Nacional al Congreso, con el propósito de reformar algunos temas del régimen municipal, departamental y nacional, pero y por encima de todo para reestructurar el Congreso de la República: revisar su composición, las circunscripciones electorales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el régimen de financiación de las campañas e institucionalizar la Revocatoria del Mandato para Congresistas. El proyecto no tuvo la significancia y expectativas pregonadas por los impulsores y se hundió en el Congreso a medio camino. Hoy por hoy, se encuentra en curso otra iniciativa de referendo, pero este más integral y sólida que el anterior. Sobre el particular, nuestro trabajo aún no publicado: EL REFERÉNDUM COMO MECANISMO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MANOS DEL CONSTITUYENTE PRIMARIO. Digitocomputarizado, Pasto, 2001.
- (39) ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO. Madrid (España), Ed. Reus, 1982, pág. 366. El Autor extiende el concepto de “Ley Pública” a la que expiden otros órganos del Estado como las Asambleas del Pueblo o a la que expiden los Magistrados en el antiguo ámbito romano. Sin embargo, el concepto de Ley, hoy por hoy, en el derecho público colombiano se pregonan únicamente de la norma jurídica emanada del Congreso de la República. Los actos normativos constituyentes de la Asamblea Nacional Constituyente, como antes vimos son normas jurídicas constitucionales que se incorporan a la Constitución, adicionándola, reformándola o complementándola. Los actos jurídicos de los Magistrados, hoy en día se denominan Sentencias, autos o providencias judiciales
- (40) Corte Constitucional, Sentencia C-527-94, Noviembre 18.
- (41) La Constitución de 1991, se refiere a las “Leyes Orgánicas” como aquellas se regulan las siguientes materias: a) Los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras; b) Normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas; c) ley de apropiaciones; d) Plan General de Desarrollo; e) Ley de asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. “Las Leyes Estatutarias”, regulan las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de Justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estatutos de excepción. Según el ius-publicista, PALACIOS MEJIA, también existen las siguientes leyes: a) Leyes Marcos (artículo 150-19, constitucional); b) Leyes de Intervención (artículos 333 y 334, ibidem); c) Leyes de facultades extraordinarias (artículo 150-10 id.) al Presidente; d) Leyes de planes (artículos 341, Inc.3º y 342 ibidem); e) Ley Anual de Presupuesto (artículo 346 id.). PALACIOS MEJIA, Hugo. REVISTA DE DERECHO PUBLICO. Universidad de los Andes, Bogotá, 1992
- (42) RODRIGUEZ, Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO, Ed. Temis, Bogotá, 1994, pág. 29 a 31.
- (43) DE LAUBADERE, André. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Ed. Temis. Traducción de Jesús Villamizar Herrera, Bogotá, 1984, pág. 75

- (44) Con este mismo nombre el tratadista *Libardo Rodríguez* escribió su tesis doctoral en Francia hace algunos años.
- (45) Estos Decretos legislativos que generan una importante fuente del derecho escrito, derivado en el derecho colombiano, son rigurosamente controlados por la Corte Constitucional, la cual analiza los requisitos de forma y de fondo que deben reunir para expedirse. La Constitución en el artículo 214 establece los siguientes requisitos, que a la vez son características de aquellos. Estos son: a) Llevan la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de excepción; b) No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos; c) No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; d) Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de excepción; e) El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores; y, f) El Gobierno enviará a la Corte Constitucional el día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos 212 y 213, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlo, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.
- (46) El tratadista Vidal Perdomo, considera que también puede asignárseles el nombre de “Decretos Extraordinarios” a aquellos “actos constituyentes” que realizó el Presidente revestido de “facultades Extraordinarias” (artículo 5º transitorio de la Constitución de 1991) o el Gobierno Nacional (artículo 6º id.) con carácter *pro tempore* y en casos previamente señalados por la Asamblea Nacional Constituyente y detallados en el artículo 5º (v.gr. Reglamenta la tutela). Por lo anterior, se considera que los decretos que dictaron el Presidente y el Gobierno en estas condiciones son “*Decretos extraordinarios como fuente constitucional directa*”. Consideramos que le asiste razón al tratadista, con el aditamento de que estos decretos extraordinarios temporales se constituyeron en normas jurídicas constitucionales creadoras del derecho y ubicables en el llamado *Derecho Originario de las fuentes escritas* del derecho público.
- (47) Un desarrollo completo del tema en mi trabajo: RIASCOS GOMEZ, Libardo. LA TEORIA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO: EL PERFECCIONAMIENTO, LA EXISTENCIA, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL ACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NULIDAD, LA REVOCATORIA Y LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO. Digitocomputarizada, Pasto, 2001, pág. 114. También en Dirección de WEB: <http://akane.udenar.edu.co/derechopublico>
- (48) “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” (artículo 13).
- (49) Mediante Sentencia C-131-93 de la Corte Constitucional se declaró inexecutable parcialmente el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 de 1991, el cual ordenaba tener “como criterio auxiliar obligatorio” a la jurisprudencia. El Decreto reglamenta el “Régimen Procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte

Constitucional”. En mencionado artículo, expresa: “La Doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar (obligatorio) para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia”.

- (50) La Corte constitucional, Sala Quinta de Revisión, Sentencia T-260-95, Junio 20, concordantemente con la Sentencia C-083-95, sostuvo: “Si bien la Jurisprudencia no es obligatoria (C.N., art. 230), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y alcance de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia –como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa—sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar
- (51) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. Ed. Porrúa, México, 1978, pág. 23.
- (52) RODRIGUEZ, L. Ob. cit., pág. 32
- (53) RIASCOS GOMEZ, L.O. LA INFORMATICA JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Ed, UNED, Universidad de Nariño, Pasto, 1997, pág. 23
- (54) Término éste que el Código Civil Colombiano y la Ley 153 de 1887 y Ley 69 de 1896, asignaban al trabajo doctrinal de los jueces constitucionales –Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional-- en sus providencias judiciales cuando exponían tesis, pautas o guías a seguir los jueces a manera de precedente jurisprudencial en su labor judicial. Directrices que se contenían en la parte motiva o considerativa de la sentencia.
- (55) ENTRENA CUESTA, Rafael. Ob. ut supra cit., págs. 81 y ss.
- (56) MARTÍN MATEO, Ramón. Ob. ut supra cit., pág. 104
- (57) ENTRENA CUESTA, Rafael. Ob. ut supra cit., págs. 81 y ss.
- (58) LA TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.... Ob. ut supra cit., pág. 96 y ss.
- (59) En el Derecho Español, el “Proceso de lesividad”, tiene como fundamento, “la posibilidad de que la administración revise de oficio sus propios actos, cuando éstos son declaratorios de derechos, continúa siendo reducidas, aun teniendo en cuenta las modificaciones que establece la legislación vigente. Ante esta circunstancia, el ordenamiento jurídico ha previsto el cauce para que la Administración, sin merma de la seguridad jurídica, pueda salvar el obstáculo que representan los derechos derivados de sus actos ilegales en orden a la eliminación de tales actos”. El procedimiento de lesividad como la mayoría de procedimientos judiciales o contencioso administrativos de naturaleza especial, se desenvuelve por las siguientes fases: a) De iniciación: El demandante será la entidad pública que emitió el acto, la cual solicitará la anulación de acto”, o, incluso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Como tercero, “podrá intervenir como coadyuvante de la Administración quien tuviere interés directo en dicha pretensión”. El demandado, exclusivamente serán “las personas a cuyo favor deriven derechos del propio acto...como coadyuvantes del demandado podrán...intervenir quienes tuvieren interés

directo en el mantenimiento del acto se impugne". El proceso de lesividad, sólo procede contra actos administrativos, no contra actos normativos o reglamentarios (es decir, actos administrativos generales del derecho colombiano). Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael. CURSO DE DERECHO... Ob. cit. pág. 353.

- (60) En el derecho ibérico, estos principios constitucionalizados se encuentran en el título I, "De los derechos y deberes Fundamentales" (Cap. I, De los españoles y los extranjeros; Cap. II, Derechos y libertades; Secc.II, De los derechos y deberes de los ciudadanos; Cap.III, De los principios rectores de la política social y económica; Cap. IV, De las garantías de las libertades y derechos fundamentales; Cap. V. De las suspensión de los derechos y libertades. Constitución de 1978, Diciembre 28. v.gr. inviolabilidad de los derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la ley, el derecho de los demás; pérdida, conservación y doble nacionalidad; derechos de nacionales y extranjeros; extradición; la no discriminación por raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición; derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen, etc.
- (61) ALVIZ Y ARMARIO. Ob., ut supra cit., pág. 53.
- (62) AA.VV. CODIGO CIVIL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. Ed. Legis S.A., Bogotá, 1986, pág. 79.
- (63) AA.VV. CODIGO CIVIL Y ... Ob ut supra cit., pág. 79.
- (64) Esta modalidad de analogía comporta "un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de las cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una *regla* implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues el ámbito de la legislación" (C.C. Sentencia C-083-95, Marzo 1º).

[Inicio del documento](#)