

La validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano¹

The value of the legal rules in the Colombian legal system

Yezid Carrillo de la Rosa² 
Universidad de Cartagena - Colombia



Para citaciones: Carrillo de la Rosa, Y. (2024). La validez de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 16(32), 131-155.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.16-num.32-2024-4761>

Recibido: 26 de octubre de 2023

Aprobado: 8 de diciembre de 2023

Editor: Jorge Pallares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2024. Carrillo de la Rosa, Y. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

Este artículo pretende dar cuenta de la teoría que mejor explique la validez jurídica de las normas individuales en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello primero se explora los diferentes conceptos de validez que proponen los diversos enfoques teórico-jurídicos, luego se describe la situación actual del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano y, finalmente, se confronta esos diversos enfoques teóricos con nuestro sistema de fuentes.

Palabras clave: Validez; sistema jurídico; positivismo; constitucionalismo; moral.

ABSTRACT

This article explores the concept of validity in legal theory and system sources in Colombian law, in order to account for the theory that best explains the legal validity of individual standards in our legal system. This first explores the different concepts of validity proposed by various theoretical approaches-legal, then describes the system of sources in the Colombian legal system and finally confronts these various theoretical approaches with our sources.

Keywords: Validity; legal system; positivism; constitutionalism; moral.

¹ El punto de partida de este artículo son las conclusiones a las que se llegaron en el proyecto de investigación finalizado "El problema de la validez y del sistema de fuentes en el derecho colombiano", cuyo informe final se publicó bajo el título de "el problema de la validez y del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano", por la editorial de la Universidad de Cartagena en el año 2013. No obstante, el presente artículo amplía, reconceptualiza e reinterpreta las conclusiones a las que se llegaron en el trabajo publicado en el marco del grupo de trabajo realizado por los autores de este escrito.

² Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena. Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la U. Nacional de Colombia y Licenciado en Filosofía y Letras de la U. Santo Tomás, yezidcarrillo@hotmail.com. Director del Grupo de investigaciones en Teoría jurídica y derechos fundamentales "Phronesis" y del Grupo Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos. yezidcarrillo@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El problema de la validez de las normas jurídicas ha constituido para la filosofía y teoría del derecho un problema acuciante e irresuelto. También lo es para la teoría jurídica y la doctrina colombiana. Antes de la Constitución Política de 1991, el derecho nacional reconocía como criterio de validez, la competencia del órgano que producía la regla y el respeto por el procedimiento. Hoy, luego de la puesta en vigencia de la Carta del 91, el problema de la validez en el derecho colombiano incluye elementos materiales que cuestionan la teoría tradicional de la validez y que exigen discusión, pues las conclusiones a las que se lleguen no repercuten únicamente en el ámbito académico sino también en la esfera práctica del derecho. En concordancia con lo anterior este artículo plantea la siguiente

interrogante: ¿Cuál es la teoría que mejor explica y justifica la idea de validez en las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico colombiano?

Desde la perspectiva epistemológica este trabajo es el resultado de una investigación teórico-jurídica, que obtuvo sus resultados a partir de tres estrategias o perspectivas metodológicas: una analítico-conceptual que estudia la forma como determinados enfoques de la teoría jurídica han dado cuenta del concepto de validez y del sistema de fuentes de derecho; una analítico-descriptiva que registra la forma como se ha desarrollado la idea de validez en derecho colombiano luego de la expedición de la Constitución política de 1991; finalmente, una perspectiva crítico-hermenéutica que nos permite evaluar y determinar cuál es el concepto de validez en el ordenamiento jurídico colombiano.

II. Resultados

1. Marco analítico-conceptual: el concepto de validez en la teoría jurídica

La teoría jurídica distingue entre validez formal, material, sociológica y normativa.

- a. La validez formal se identificaría, por ejemplo, con la idea de validez simple propuesta por Bobbio (1992. p.21) y nos remite a la cuestión de la existencia o vigencia de una norma o de un sistema jurídico (Nino, 1999. P.132) tal y como es usado en el campo de la dogmática jurídica (Ross, 1993, p. 26).
- b. La validez sociológica se identifica con la eficacia señalada por Bobbio (1992) y puede significar que una norma o un sistema jurídico tienen vigencia (Nino, 1999. p.132-133) o "eficacia sociológica" (Ross, 1993).
- c. La validez material nos remite al problema de los valores en el derecho y, especialmente, al problema de la justicia. Tiene que ver con la

correspondencia o no de una norma con un sistema de valores (jurídicos y extrajurídicos) que fundamentan un ordenamiento jurídico; en este caso de lo que se trata es de evaluar si una determinada norma es o no idónea para realizar esos valores (Bobbio, 1992).

- d. La validez normativa hace alusión a la “fuerza obligatoria moral” (Ross, 1993) o vinculante de las normas, que imponen un deber jurídico de actuar conforme al dictado de dichas normas (Nino, 1999). La validez normativa no es contraria ni excluyente con ninguna de las anteriores formas de validez sino todo lo contrario, presupone alguna de aquellas en la medida en que exige la vigencia, validez formal o material de la norma (Martínez y Fernández, 1994, p.145).

Alexy distingue entre eficacia, corrección moral y legalidad (1997) y sostiene que quien priorice la corrección moral (validez material o moral) defenderá una concepción iusnaturalista y quien la excluya y priorice la legalidad (validez formal) o la eficacia (validez sociológica) defenderá un concepto positivista de derecho. No obstante, entre estas dos posiciones inconmensurables es posible hallar diversos enfoques intermedios (Alexy, 1997, p. 21) como lo veremos a continuación.

1.1. Teorías jurídicas que priorizan la validez moral

El pensamiento griego no presupone de manera generalizada la tesis de que existen principios o valores morales superiores al derecho creado por las decisiones o convenciones de los hombres. En ocasiones sostuvo que no podía haber contradicción entre la justicia y la ley (*diké*) como en el pensamiento presocrático y socrático y, en otras, que habiéndose, debía primar la *nomos* (sofista) frente a la *physis* o la justicia legal (Aristóteles) frente a la justicia natural.

La idea de un derecho natural superior al derecho positivo tiene su antecedente más nítido en el pensamiento medieval (iusnaturalismo teológico). San Agustín exige como condición de obediencia de la ley creada por los hombres su adecuación a la ley eterna, encarnación de la justicia divina, de allí su lapidaria frase de que no es ley la que no es justa. Modernamente esta tesis fue retomada, primero por Rabdruch, quien sostuvo que una norma extremadamente injusta no es derecho, y luego por el Tribunal Constitucional alemán, que declaró inválida muchas normas del nacionalsocialismo por considerar que contradecían de manera evidente principios fundamentales de justicia (Alexy, 1997, p.p. 15-16). Tomás de Aquino, propuso una versión más débil y atenuada de la tesis anterior. Para él, la ley injusta equivale a una ley corrupta, pero no la inválida; se trataría de una especie de ley imperfecta, pero válida (Garzón, 1998, p.21). El pensamiento moderno (iusnaturalismo racionalista) equiparar el derecho justo al derecho racional (principios morales universales y necesarios) que es fruto del consenso (contrato social) y el cual dota de validez a las reglas positivas (Betegón, 1997, p. 53-55). Actualmente, Finnis ha planteado el

problema de la ley injusta sin llegar a sostener la tesis de que 'unjust laws not law (Finnis, 2003, 351). No obstante, afirma que los actos del gobernante deben descansar en el bien común, so pena de que sus leyes carecen de autoridad; con la consecuencia natural de que no crean obligación de obedecerlas (Ridall, 2000 p. 174-76).

Devlin y Fuller, desde una perspectiva diferente a la iusnaturalista, también plantean la necesidad de un derecho válido moralmente. El primero de ellos, sostuvo que la legislación debía tener en cuenta ciertos principios de la moralidad social sin los cuales la sociedad se desintegraba (Devlin, 2010, p.58), los cuales autorizan al Estado a interferir en aquellos actos (así sean privado) que afecten gravemente la moral pública compartida, con el propósito de evitar la destrucción de la sociedad (Vilajosana, 2007/2006, p. 148-49). Fuller, por el contrario, no apela a la moral exterior sino a la moral interna o formal del derecho que debe ser observada por las leyes para ser válidas. Esta moral interna se expresa en ciertos criterios de corrección formal que perfectamente podrían ser definidos como criterios de tipo generales, publicados, prospectivos, no retroactivos, inteligibles, consistentes, acatables, duraderos, sin cambios indebidos y aplicados en la administración de la sociedad. Como puede observarse, los criterios antes anotados constituyen más bien una moral formal y hasta podrían ser defendidos por un positivista, pues para Fuller lo que hace un sistema inmoral no es que contradiga algún valor superior sino uno de los criterios antes anotados (Ridall, 2000, p. 111-15).

1.2. Teorías jurídicas que priorizan la validez formal y la legalidad

La aparición del Estado moderno trae como consecuencias la monopolización de la creación del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente. En adelante el derecho será el establecido por el Estado (soberano) que se convierte en un ente único y autónomo que carece de instancias superiores que lo legitimen o lo limiten en el ejercicio de su poder normativo (Bastida, 2001, pp. 20- 21). Hobbes, Benthan y Austin, defensores de esta visión del Estado, identificarán el derecho con las órdenes respaldadas por amenazas y habitualmente obedecidas, y lo ejemplifican con el caso del asaltante y el asaltado (Austin, 1994). Para ellos la validez del derecho no depende de una instancia metafísica (la razón o la divinidad) sino de que se pueda constatar empíricamente que la orden fue dada por el soberano y que éste es habitualmente obedecido (Betegón, 1997, p. 76). También las grandes codificaciones producidas a finales del siglo XVIII y principios del XIX, que ordenan y racionalizan el material normativo preexistente a partir de un nuevo orden jerárquico de fuentes (Kelsen, 1970, pp. 65-66), contribuyen a fortalecer la idea de que el fundamento de validez del derecho no se halla en una instancia trascendente sino temporal y terrenal, como los son las pautas y reglas racionales elaboradas por el legislador, que además de sustituir progresivamente al soberano hobbesiano, asume las cualidades cuasi-divinas de aquel: sabio, omnisciente, racional, imparcial, objetivo y justo.

Los anteriores hechos conducen a que en el siglo XIX se considere a las decisiones legislativas (supralegalidad) como la principal fuente de derecho válido. Esta fue la concepción del positivismo teórico-formalista (jurisprudencia analítica, escuela de la Exégesis y jurisprudencia de conceptos). La instauración del principio de supralegalidad, hace que la ley desplace a las otras fuentes de derecho (derecho natural, derecho romano, derecho de los reinos y las corporaciones, derecho eclesiástico), también le resta protagonismo a otras fuentes de producción normativas como la Constitución, a la que se consideraba como un documento político y no jurídico (contiene ciertas proclamas morales sin fuerza vinculante para los poderes públicos), y las decisiones judiciales, que se consideran el resultado de un simple proceso lógico deductivo que expresa de forma minimizada lo que previamente había decidido el legislador en la ley (Montesquieu). Ni siquiera las objeciones del positivismo teórico-anti-formalistas debilitan la idea de que la ley, al ser el producto del legislador puede llegar a ser injusta (Segura, 1998, p. 30); por consiguiente, el derecho legislado no reflejaría una voluntad caprichosa y arbitraria del poder sino objetiva y moralmente correcta (positivismo ideológico) de allí la obligación moral de obediencia (validez normativa).

1.3. Teorías que priorizan la validez formal y el procedimiento

Sin lugar a dudas Kelsen (positivismo metodológico-normativista) es el exponente más importante de esta forma de comprender la validez del derecho, al sostener que ésta no puede hallarse en un hecho (pacto o contrato social, orden del soberano) sino en otra norma (deber ser). La distinción entre sistema nomo-estáticos (moral) y nomo-dinámicos (jurídico) será fundamental para el desarrollo de la teoría kelseniana sobre la validez. En los sistemas nomo-estáticos la validez de la norma viene dada por su contenido, que se deduce y se corresponde con la norma moral última que fundamenta todo el sistema, por el contrario, en los sistemas nomo-dinámicos (derecho) las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior y anterior (Kelsen, 2006, pp. 109-110). Así, la validez de la decisión judicial se deriva de que su creación haya sido autorizada por otra norma superior y anterior (ej. código de procedimiento civil y código civil) que determina cuál es el órgano competente (ej. juez civil del circuito) y el procedimiento (ejecutivo, ordinario, etc.) para su creación, norma que a su vez ha sido creada bajo los presupuestos de otra norma superior (Constitución) y así sucesivamente hasta llegar a la primera constitución positiva cuyo fundamento de validez se halla en una norma jurídica última. Kelsen considera que las fuentes del derecho se encuentran jerárquicamente subordinadas en torno a una fuente suprema que atribuye directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas y que él llama la norma fundamental.

1.4 Enfoques que priorizan la eficacia o validez social

Uno de los problemas para la teoría positivista del derecho es el de cómo fundamentar la legitimidad de las instituciones y las autoridades en algo distinto de la fuerza bruta. El iusnaturalismo resolvió la cuestión, como ya lo vimos, haciendo referencia a ciertos valores o instancias superiores (Dios o la Razón). El positivismo, en cambio, al desconectar el derecho de la moral, no podía hacer uso de criterios metafísicos (justicia) para justificar la obediencia al derecho positivo, pero tampoco podía hacerlo apelando a un criterio meramente fáctico (el poder). Las investigaciones de Kelsen pretenden precisamente hallar ese criterio (jurídico). Lamentablemente, para él, su teoría nunca pudo dar cuenta ni del carácter normativo ni del carácter jurídico de la norma fundamental. Será el primer Hart (positivismo metodológico-conceptualista), quien resuelva este problema, al sostener que la existencia de un sistema jurídico moderno presupone la unión de reglas primarias (que establecen derecho y obligaciones), y reglas secundarias (de cambio, de adjudicación y de reconocimiento) (Hart, 2004, p.117). La regla de reconocimiento, que ocupa el lugar de la norma básica última, no es supuesta como en Kelsen sino puesta y forma parte del ordenamiento jurídico, tampoco es la ficción de una voluntad imaginada sino un hecho que se expresa en una práctica social aceptada y convergente; la regla de reconocimiento es un hecho, pero también regla consuetudinaria y, por tanto, derecho (Hart, 2004, p.136-37), de allí que el criterio último de validez del sistema jurídico lo hallamos en el plano fáctico y sociológico (Martínez, 1994, 100). Según Hart, la regla de reconocimiento puede asumir las formas más diversas, entre ellas la referencia a: un texto revestido de autoridad, a una sanción legislativa, a una práctica consuetudinaria, a las declaraciones generales de personas específicas o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares, pero en los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja (Hart, 2004, p. 126). Al ser la regla de reconocimiento una regla consuetudinaria, no tiene sentido preguntarse por su validez, como lo exigía la teoría kelseniana, porque de ella sólo podemos predicar su existencia (eficacia) o inexistencia y de este hecho inferir su fuerza vinculante (validez normativa) en un determinado sistema jurídico. Raz (positivismo jurídico excluyente), al igual que Hart, sostiene que la validez del derecho depende de hechos sociales (tesis de las fuentes sociales) (Raz, 1979, p. 50 y Raz, 1985, pp.55 y ss.), por tanto, aquello que es derecho puede identificarse con independencia de lo que debería ser (tesis de la separación o separabilidad), de allí que las razones morales no tengan relevancia alguna a la hora de determinar cuál es el contenido del derecho en una comunidad (Rodenas, 2003, p. 417).

El realismo jurídico norteamericano y escandinavo también considerará que el derecho válido es el derecho eficaz, pero desde una perspectiva totalmente diferente a la del positivismo de Hart debido a su escepticismo ante las reglas. El argumento central de los realistas, es que si se quiere identificar el derecho válido debe analizarse el comportamiento de los jueces y tribunales, pues el

derecho válido no es el creado por el legislador sino el efectivamente aplicado por los tribunales en las decisiones judiciales (Nino, 1999, p. 47). Para la mayoría de los realistas norteamericanos, las normas jurídicas no cumplen en la práctica el papel que se les ha asignado; usualmente los jueces no consultan todo el cuerpo de normas sino que reflexionan sobre quién tiene la razón y después de que han decidido consulta al derecho positivo (Ridall, 2000, p. 220). La teoría realista de Ross, es mucho más moderada al respecto, pues si bien la predicción de las decisiones judiciales juega un papel fundamental en el análisis del derecho, el derecho legislado constituye un conjunto de normas o directivas que probablemente tomarán en cuenta los jueces para decidir sus casos (Nino, 1999, p. 49).

1.5. Teorías jurídicas intermedias o eclécticas

Luego de los juicios de Núremberg se replantea la idea según la cual el único derecho válido era el creado por el Estado, de suerte que cada vez más se reconocerá la existencia de principios de justicia que tienen la misma o mayor fuerza normativa que las normas que emanan de la voluntad del legislador (Perelman, 1993, p.96-100). Después de la segunda mitad del siglo XX el derecho refleja ciertas tensiones que son el resultado del tipo de normas y razones que incorpora; por una parte, normas o razones que se apoyan en el sistema de fuentes formales (razones autoritativas o normas basadas en fuentes) y razones dependientes del contenido (razones o normas morales) (Rodenas, 2003, 420 y 445). Como consecuencia de ello, en ocasiones, el uso de razones o argumentos morales para identificar el derecho válido no es contrario al sistema jurídico sino algo exigido por éste, como cuando el legislador (constitucional u ordinario) remite a principios morales para dotar de contenido y/o condiciones de aplicación a ciertas reglas (Moreso, 2002, p.94-95); también puede suceder que se usen esas razones morales para evaluar y excluir normas que a pesar de ser identificadas como derecho (según las fuentes formales) resultan inaplicables por consideraciones morales (Rodenas, 2003, p.420). Esta dualidad de razones replantea las tesis radicales del positivismo y permite que Hart en el *Post Scriptum* y luego los positivistas jurídicos incluyentes (Waluchow. 2007, p.15-16) reconozcan el papel que juega la moral en el derecho; no obstante, no creen, como si lo hacen los iusnaturalistas y no- positivistas, que ciertas normas sean válidas y formen parte del derecho en virtud de su valor moral; tampoco afirma, y esto lo diferencia del positivismo excluyente, que la identificación de una norma como derecho dependa solo de la existencia de convenciones.

También el nuevo o (neo) constitucionalismo (clasificado erróneamente en teórico, ideológico o metodológico) acepta que los sistemas jurídicos hoy incorporan un denso contenido moral. El neoconstitucionalismo teórico (positivista) admite que la identificación del derecho válido en un sistema jurídico puede depender de estándares morales, pero ello acaece de manera circunstancial y contingente, esto es, no porque necesariamente los sistemas jurídicos deban incluir en sus constituciones o leyes fundamentales

determinados principios morales, pues puede perfectamente el legislador constitucional suprimir algunos de ellos o incluir otros. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que la validez del derecho se infiere de su correspondencia formal y material con la Constitución como norma de derecho positivo de grado superior; no basta, por tanto, para determinar la validez de una norma con realizar un juicio de validez formal sino también un juicio de validez sustancial (Ferrajoli, 2009, p.26), que depende del contenido moral contingentemente incorporado por el legislador constitucional (2009, p.29) y expresado en aquellos principios o derechos morales que en ella han sido positivizados y no otros (Ferrajoli, 2009, p.30).

Por su parte, el neoconstitucionalismo metodológico (no-positivista), al igual que el anterior, reconoce como criterio de identificación del derecho válido la competencia y procedimiento (criterio formal) y el respeto por los principios y valores positivizados (criterio material), pero además sostiene como lo hace Dworkin, que las reglas positivas pueden ser inválidas si contradicen principios morales no-positivizados, anteriores al Estado y a las instituciones y cuya validez no depende de una regla de reconocimiento (Dworkin, 1984, pp.77-78), pues su autoridad no deriva de una fuente social sino de su contenido y peso moral (Dworkin, 1984, p. 81). También Alexy sostiene una tesis no positivista al afirmar que el derecho incorpora una pretensión de corrección que se revela en la contradicción performativa “X es una república, soberana, federal e injusta” (Alexy, 2006, p. 156). La pretensión de corrección afirma que el sistema jurídico (las normas individuales y las decisiones jurídicas) incorporan una pretensión de rectitud moral. Esta pretensión tendría, en relación con todo el sistema jurídico, carácter definitorio, de suerte que si es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a éste como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión es calificativa, ello es, las trata simplemente como normas defectuosas.

2. Marco analítico-descriptivo: La validez de las normas individuales en el ordenamiento jurídico colombiano

Con la expedición de la Constitución de 1991 se abre camino en Colombia un derecho constitucionalizado que pone en crisis el paradigma del Estado de derecho formalista y legalista, que separaba el derecho de la moral. El nuevo Estado social, constitucional y democrático de derecho incorpora la moral al derecho (derechos fundamentales), modificando las relaciones tradicionales entre el derecho constitucional y el derecho ordinario, el funcionamiento y las decisiones de los poderes públicos (sentencia C-820-06) y los criterios de validez en el ordenamiento jurídico.

2.1 La supremacía de la Constitución

El artículo 4 de la Carta vigente establece el principio de supremacía constitucional, del cual se infiere que en Colombia la Constitución positiva es

norma de normas y por ello se erige en el pilar de todo el sistema jurídico. Así lo señala la Corte Constitucional cuando dice que:

(...) La Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación (Sentencia C-1290-01).

El principio de supremacía constitucional imprime unidad, coherencia y validez al resto de las disposiciones jurídicas de carácter vinculante (C-400-13), presupone, por tanto, el carácter superior de la Constitución frente a la legislación infra-constitucional y el carácter normativo y vinculante de la constitución frente a las actuaciones y decisiones de los otros poderes del Estado. Como lo ha señalado la Corte, la posición de supremacía constitucional la erige en parámetro último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. De lo anterior se infiere que los actos de cualquier órgano constituido (Congreso, Ejecutivo y jueces) se identifican con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. (Sentencia T-06-92). En virtud de lo anterior:

- a. no puede haber normas infra-constitucionales (leyes, actos administrativos y decisiones judiciales) que contradigan las disposiciones de la Constitución, ni pueden aceptarse interpretaciones que la violen, “ya que en un Estado de Derecho no pueden subsistir aplicaciones normativas irrazonables que desborden el marco jurídico que fija la Constitución.” (Sentencia C-048-01).
- b. No puede haber normas infra-constitucionales (leyes, actos administrativos y decisiones judiciales) ni interpretaciones válidas que contradigan el “preámbulo de la Constitución” el cual expresa los fines del ordenamiento jurídico, las intenciones o principios que inspiraron al constituyente, las directrices o motivación política de toda la normatividad y los valores que orientan la acción y el rumbo de las instituciones jurídica (Sentencia C-479-92, C-477-05, C-1032-06, C-542-10 y C-633-11).
- c. No puede haber normas infra-constitucionales (leyes, actos administrativos y decisiones judiciales) ni interpretaciones válidas que contradigan el “bloque de constitucionalidad”, el cual se conforma por reglas y principios que no se hallan explícitamente integrados al documento constitucional, pero que han sido positivizados por diversas vías y por disposición misma de la Constitución (Sentencia C-222/95).

2.2 El derecho jurisprudencial

El principio de supremacía constitucional replantea el papel de la jurisprudencia en la configuración del derecho a través del precedente judicial (Bernal, 2008, p.149). Supone que las decisiones judiciales tomadas por la Corte Constitucional

en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante (C-310-01, SU-047-99 y C-397-95). Cito:

La fuerza vinculante del precedente constitucional, rasgo que lo convierte en fuente del derecho, deriva del paradigma adoptado por la Constitución que optó por la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, determinó un catálogo de principios y de derechos fundamentales como eje vertebral y núcleo esencial de la Constitución, determinó la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, y la prevalencia del derecho sustancial. (Sentencias T-704-12)

Este reconocimiento del precedente como norma jurídica válida y vinculante para los actos administrativos y las decisiones judiciales (Sentencia SU 774-14 y T-775-14) y la expedición de leyes o su aplicación posterior (Sentencia C-104-93 y T-704-12), en un principio dio lugar a críticas (Tamayo, 2008) que se apoyaron en la expresión del art. 230 de la Constitución Política, que disponía que los jueces sólo están sometidos al “imperio de la ley” y que la jurisprudencia sólo sirve de criterio auxiliar de la aplicación del derecho. En efecto, en un principio la Corte Constitucional acogió esta tesis restrictiva apoyándose en el principio de autonomía y en el tradicionalismo de fuente (López, 2010, p.34-35), luego (Sentencia C-083-95) la Corte distingue entre jurisprudencia, doctrina constitucional interpretativa de los casos dudosos y doctrina constitucional integradora de lagunas o vacíos normativos, reconociéndose a ésta última fuerza vinculante, al considerar que se está aplicando la Constitución misma mediada por la interpretación que realiza el órgano autorizado para ello (López, 2010, p.42-43). Posteriormente, en la sentencia T-123-95 la Corte asume la tesis de que los jueces tienen la obligación de observar la línea jurisprudencial a fin de no vulnerar el principio de igualdad; este argumento se reitera en la sentencia T-260-95, en la que de paso omitió distinguir entre doctrina constitucional integradora e interpretativa (López, 2010, p.47-49). Finalmente, luego de la sentencia C-037-96 (en la cual la Corte rechaza la tesis de que únicamente el congreso tenía la autoridad para interpretar la Constitución) se consolidando la tesis de la fuerza vinculante de sus precedentes (Sentencias T-175-397, T-321-98, SU-640-98, SU-168-99, T-009-00, T-068-00. C-539-11, SU-774-14 y T-775-14.)

Ahora bien, lo anterior no significa que en Colombia “...los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela” (Corte Constitucional, Sentencia T-406 -92), sino que hoy la *ratio decidendi*, que ha permitido a la Corte fundamentar una decisión tiene fuerza vinculante para los otros poderes públicos y para las otras jurisdicciones a fin de garantizar los principios de coherencia, igualdad, seguridad y confianza legítima de los administrados (Bernal, 2008, p. 159).

Para la Corte Constitucional la fuerza vinculante del precedente constitucional (Sentencias C-836-01 y T-704-12) tiene su fundamento en:

- a. El principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.).
- b. El reconocimiento de carácter normativo de la Constitución.
- c. La autoridad de la Corte para interpretación del texto constitucional.
- d. El principio de coherencia del orden jurídico.
- e. El derecho a la igualdad de trato ante las autoridades.
- f. La seguridad jurídica.
- g. El principio de cosa juzgada constitucional.

2.3 La ley

El papel cada vez más protagónico del precedente judicial no desconoce la figura de la ley. Como ya se señaló, la propia Constitución en el art. 230 subordina la actividad de los jueces al derecho legislado, con lo que se confirma que el ordenamiento jurídico colombiano “adopta un sistema predominantemente legislativo” (Sentencia, C-284-15). La sentencia C-083-95, por medio de la cual la Corte Constitucional estudió el sentido y alcance de este artículo sostuvo que el término ley, usado en la Constitución, debe entenderse en un sentido amplio, lo que supondría un concepto material y no meramente formal de ley, en el que se incluye obviamente la Constitución. En consecuencia, no puede entenderse por ley únicamente la creada por el legislador sino también la ley constitucional. Es la ley, la primera fuente a la que debe apelar un juez para resolver un caso. Al respecto señaló la Corte Constitucional que:

Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimiento o las formas fijadas con ese propósito (Sentencia, C-284-15).

La concepción de ley adoptada en el sistema jurídico colombiano (Sentencia, C-284-15) cobija a:

- a. Las normas dictadas por el Congreso de la República.
- b. Los Decretos expedidos por el Presidente de la República.
- c. Las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257).
- d. Las normas prolijadas por las autoridades municipales, distritales y departamentales (artículos 300, 305, 313 y 315).

Ahora bien, entre las diferentes expresiones de la legalidad existen jerarquías, propias de los sistemas jurídicos escalonados, a partir de la cual se determina la validez de las diferentes normas. Para el caso colombiano, la Corte (Sentencia, C-284-15) ha señalado como criterios de validez el relativo a:

- a. El contenido, en virtud del cual algunas normas ostentan una especial posición en el ordenamiento jurídico debido a la materia o el contenido que regulan, por ejemplo, las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas en relación con otros tipos de normas.
- b. El orgánico, según el cual una norma adquiere más jerarquía que otra en virtud del órgano que la expide, de suerte que los decretos presidenciales se subordinan a las leyes expedidas por el congreso.
- c. El procedimiento, conforme al cual las leyes o normas que exigen un procedimiento agravado para su existencia tiene primacía respecto de otro tipo de normas o leyes que no lo exige, como el caso de los actos legislativos frente a las leyes aprobadas por el Congreso.

La Corte ha señalado que cuando se recurre a la analogía *iuris* o analogía *legis* para resolver alguna cuestión en derecho se está aplicando la “ley”. En ese sentido, la analogía no constituye derecho, porque mediante ella lo que se hace es extender a uno o varios casos, que no hallan solución expresa en una regla, una disposición que regula un caso semejante o análogo. Es decir ha dicho la Corte que:

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución. (Sentencia C-083-95).

En la sentencia C-083-95 la Corte había considerado que la costumbre debía considerarse “fuente de derecho” de carácter “subordinada y subsidiada” y que su validez como forma de derecho positivo se fundaba en la calificación de “derecho legislado” en los términos del artículo 230; sin embargo, esta postura ha sido rectificada en el sentido de que si bien la validez de la costumbre no puede derivarse del artículo 230 ni en la asimilación que de las expresiones “ley” y “ordenamiento jurídico” (Sentencia, C-486-93), existen razones constitucionales que permiten aceptarla como una de las formas de regulación que integran el derecho positivo colombiano (Sentencia, C-284-15).

2.4. Principios generales de derecho

La Corte en la sentencia C-083-95 distingue entre principios generales de derecho intra-sistemático y principios generales de derecho extra-sistemático:

- a. Los principios generales de derecho infra-sistemáticos (reglas generales de derecho) son extraídos de manera inductiva del propio sistema de reglas positivas para aplicarlos a casos o situaciones no previstas, y por ello se entiende que no se trata de un derecho creado judicialmente sino una regla positiva que no aparecía explícita pero que se encontraba implícita en el sistema y que es compatible con la Constitución, en ese sentido, la Corte entiende que cuando el juez hace uso de los principios o regla generales de derecho infra-sistemáticos lo que está aplicando es la legislación.
- b. Los principios generales de derecho extra-sistemáticos, por el contrario, no encuentran fundamento en la legislación.

Según la Corte Constitucional:

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. (Sentencia C-083-95).

Recientemente la Corte Constitucional, en sentencia C-284-15, ha sostenido que se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyos alcances no han sido establecidos por la propia teoría jurídica y señala que la doctrina los ha considerado:

- a. Como principios implícitos en el ordenamiento.
- b. Como principios que, aunque pueden estar presentes en el ordenamiento no derivan su validez del mismo por corresponder al derecho natural.
- c. Como principios que coinciden con aquellos del derecho romano y del derecho español.

Los principios generales del derecho constituyen un criterio auxiliar de la actividad judicial y están subordinado a la "ley" en los términos del artículo 230, por tanto, no pueden invocarse para desplazar una norma jurídica válida y vigente, no obstante, cuando el derecho positivo (ley, analogía, doctrina constitucional, reglas generales del derecho o costumbre) no sean suficiente para proveer una solución el ordenamiento jurídico colombiano permite apelar a los criterios extra-sistemáticos (equidad, principios generales del derecho (artículo 230) o al derecho natural (art. 4º Ley 153 de 1887) sin que se considere que se considere que estos hacen parte del ordenamiento pues no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento (Sentencia, C-284-15).

2.5 Derecho natural

El constitucionalismo colombiano al igual que todo el constitucionalismo moderno recibe una gran influencia de la filosofía iusnaturalista racionalista (Ferrajoli, 2001, p. 25) a través de la idea de derechos humanos o derechos fundamentales (Arango, 2004, pp. 95 y 102), incluso, puede señalarse que la propia Corte Constitucional ha justificado alguna de sus decisiones haciendo uso de doctrinas como las del “núcleo esencial de los derechos fundamentales” (Sentencia T-047 -95 y S. V. Sentencia C-329 -97), que recibe gran influencia de la filosofía iusnaturalista (Arango, 2004, pp.104-05); no obstante, de lo anterior no puede inferirse que el concepto de validez de las normas individuales en nuestro sistema nacional responda a una concepción iusnaturalista racionalista. Las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico colombiano no encuentran su fundamento en derechos morales meta-positivos.

La Corte, sin embargo, al estudiar la alusión a los principios del derecho natural en el artículo 4 de la Ley 153 de 1887, sostuvo que la referencia que se hace al derecho natural en esta disposición no tiene como propósito el identificar un cuerpo normativo de cuyo respeto depende la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico (Sentencia C-284-15) sino reconocer un criterio de interpretación que se integra a los criterios auxiliares de la actividad judicial establecidos en el artículo 230, en la medida en que constituyen una especie de los principios generales del derecho (extra-sistemático), por ello, no pueden conducir al desconocimiento o desplazamiento de una norma constitucional o una norma integrada al bloque de constitucionalidad y exige del interprete demostrar con argumentos racionalmente controlables la existencia y pertinencia del principio y su reconocimiento de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia. (Sentencia C-284-15).

2.6 Principios y valores constitucionales

La Corte Constitucional colombiana distinguió en la Sentencia T-406-92 y en la sentencia C-713-08 entre principios generales del derecho, principios constitucionales, valores constitucionales y reglas estableciendo que:

- a. Los principios generales de derecho constituyen criterios auxiliares de la actividad jurídica y judicial (Sentencia T-406-92).
- b. Los valores constitucionales tienen fuerza vinculante, tienen rango constitucional y encuentran su fundamento de validez en la propia Constitución positiva, y se caracterizan porque prescriben fines (Sentencia T-406-92).
- c. Los principios constitucionales, también tienen fuerza vinculante, rango constitucional y encuentran su fundamento de validez en la propia Constitución positiva, pero a diferencia de los anteriores, se caracterizan porque constituyen prescripciones mucho más delimitadas y de aplicación inmediata. (Sentencia T-406-92).

- d. Las reglas que se diferencian de lo anterior por su grado de vinculación y eficacia, pues mientras las reglas constituyen normas que ordenan algo de manera definitiva los principios constituyen mandatos de optimización (C-713-08),

La distinción entre reglas y principios, originariamente se remonta a las críticas que Dworkin formuló a Hart, según la cual las reglas se diferencian de los principios en que en aquéllas son aplicables de manera disyuntivas (todo o nada); esto es, si se dan determinados hechos que caen dentro del ámbito de una regla válida, se actualizan las consecuencias que prevé la regla; igual a como sucede en un juego (beisbol o ajedrez); por el contrario, los principios son aplicables de otra manera; porque no establecen consecuencias jurídicas frente a determinados supuestos de hecho; y además, porque poseen una “dimensión de peso” o importancia que está ausente en las reglas; finalmente, porque si dos reglas son contradictorias, una de las dos no es válida; en cambio, si dos principios son incompatibles, debe valorarse el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso (Dworkin, 74-78)

Indudablemente, la teoría más refinada de los principios, es la de Alexy, quien los concibe como mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible desde la perspectiva fáctica y jurídica. A diferencia de las reglas que deben ser cumplidas, como ya lo vimos, en forma de todo o nada, los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, según las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2002: 86). Los principios no contienen mandatos definitivos, ni exigen un cumplimiento pleno de lo que ordenan, como las reglas que solo pueden ser cumplidas o no cumplidas. En el caso de las reglas, si se da un supuesto de hecho que cae dentro de una de ellas, y ésta se considera válida, se aplica; de lo contrario no se aplica; los principios, como ya se dijo, pueden ser cumplidos de manera gradual; de allí su carácter *prima facie* (Alexy, 2002a: 30-32).

Ahora bien, los principios no constituyen una categoría homogénea, debido a que se puede llamar principios a normas como los derechos fundamentales que se caracterizan porque presentan de manera fragmentaria el supuesto de hecho o de aplicación; también pueden considerarse principios las denominadas “directrices o mandatos de optimización”, que no se caracterizan, como los anteriores, por la incondicionalidad, sino por el deber que incorporan, que exige se siga cierta conducta finalista que puede ser cumplida en diversa medida (Prieto Sanchís, 2007: 105). Un ejemplo de colisión de principios en el primer sentido lo constituye el principio de igualdad, que en realidad engloba dos principios: “el de tratar igual aquello que es igual y el de tratar desigual aquello que es desigual”. Según este principio existe discriminación cuando la desigualdad en el tratamiento legal no es razonable; pero ¿dónde se encuentra la fuente de lo razonable? Si bien es cierto que la Constitución Nacional establece el principio de igualdad, también lo es que no dice en qué circunstancias fácticas puede o debe operar una diferenciación normativa. Es al

legislador y al tribunal constitucional a quien les corresponde tal tarea; pero dicha tarea no se realiza con fundamento en la Ley de las Leyes sino en el particular razonamiento, porque no existe en ésta una condición de aplicación (Sanchís, 2007: 107). Los principios vistos como directrices o mandatos de optimización, están representados por todos aquellos derechos consagrados en la Constitución Nacional que se traducen en mandatos dirigidos a los poderes públicos, que les exige que actúen de una determinada manera (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales). En este caso el problema es saber hasta qué punto es exigible a los poderes públicos que adopten una particular conducta, pues las leyes no establecen un rasero por debajo del cual se entiende vulnerado el derecho (Sanchís, 2007:108).

La Corte Constitucional admite la existencia de otros estándares normativos que se diferencian de las reglas cuyo grado de vinculación y eficacia varían (Sentencia C-713-08). Esta distinción entre reglas y principios cobra importancia debido a que en ocasiones puede una regla chocar abiertamente con un determinado principio o principios que fundamentan la misma regla; tal situación, sostiene la Corte, puede equipararse a un fraude al derecho por cuanto se hacen derivar de la regla un fin o resultado no querido por el ordenamiento (Sentencia SU-1122-01).

Para la Corte Constitucional colombiana la validez de una norma individual hace alusión al cumplimiento de ciertos requisitos formales y sustanciales establecidos por normas superiores (anteriores o posteriores).

Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa (art. 154, C.P.), el transcurso de un determinado lapso de tiempo entre debates (art. 160, C.P.), su aprobación en menos de dos legislaturas (art. 162, C.P.), el cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa (art. 156, C.P.) o el respeto por la regla de unidad de materia (art. 158, C.P.). Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas (art. 5, C.P.)

Este reconocimiento de la Constitución como fuente de fuentes niega, de paso, cualquier concesión que pueda hacerse al positivismo teórico legalista en cualquiera de sus versiones (formalista o antiformalista), debido a que es la

misma Constitución la que instituye el principio de supremacía constitucional (art. 4) en detrimento de la supremacía legal. Tampoco puede admitirse el argumento de que el criterio de validez de las normas en el ordenamiento jurídico colombiano es el de la eficacia de las decisiones judiciales (realismo) más allá de la frase de Ciro Angarita de que "(...) los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela" (Corte Constitucional, Sentencia T-406 -92). Como ya lo hemos visto los jueces en el derecho colombiano contribuyen hoy a la configuración del derecho ordinario a través del precedente, pero este no se hace como una actividad autónoma sino subordinada a las directivas constitucionales.

No sucede lo mismo con el concepto de validez formal-procedimental en la que debemos detenernos, porque en principio podría parecer que la teoría de Kelsen al situar en la cúspide del ordenamiento jurídico a la Constitución, describe la situación del sistema de fuentes en el derecho colombiano, sin embargo, es evidente que el concepto de Constitución que propone Kelsen no es el mismo concepto que se infiere de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991 y del desarrollo posterior que ha llevado a cabo la Corte Constitucional colombiana. Apelando a la clasificación de Comanducci (2007, pp. 42-43) podríamos convenir en que mientras el concepto de Constitución kelseniano se identificaría con el modelo descriptivo de la Constitución, esto es, la Constitución como un conjunto de normas (positivas, consuetudinarias o consignadas en un documento) que se consideran fundamentales (fundantes y/o supremas) respecto a las otras reglas jurídicas y se identifica con el concepto "Constitución formal" o "Constitución en sentido formal", el concepto de Constitución implícito en la Constitución colombiana y desarrollado por la jurisprudencia, se identifica con el modelo axiológico de la constitución como norma que suscribe enteramente la anterior definición, pero exige que las normas (positivas, consuetudinarias o consignadas en un documento), que se consideran fundamentales, tengan un determinado contenido al que se les imputa un valor intrínseco (Comanducci, 2007, p. 44). La Constitución para Kelsen tiene fuerza vinculante desde la perspectiva formal, no material, su enfoque epistemológico y meta-ético no le permite aceptar que un juez o tribunal pueda determinar el significado de los valores y principios, es por ello que el control de validez (control de constitucionalidad) de las disposiciones infra-constitucionales que Kelsen defiende solo debe realizarse desde la perspectiva formal y no material. En tal sentido señala Kelsen que:

En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas (Kelsen, 2006, p. 118).

La concepción estrictamente formal de validez jurídica que defiende Kelsen y que se deriva, como ya vimos, de su concepción dinámica del sistema jurídico, se hace insostenible en ordenamientos jurídicos constitucionalizados y cargados de conceptos morales indeterminados que por mandato de la misma

Constitución tienen que ser interpretados y aplicados en todos los grados del ordenamiento jurídico; sin embargo, si se distingue como lo hace la Corte Constitucional, entre existencia y validez, podríamos sostener que la teoría de Kelsen permite comprender cuando existe una norma en el ordenamiento jurídico más no cuando es válida. En nuestro ordenamiento para que una norma exista se requiere que haya sido creada conforme a la competencia y procedimientos establecidos en alguna de las normas sobre la producción jurídica, pero para que sea válida es necesario esté su contenido no transgrede valores o principios constitucionales. Este es en realidad la cuestión que nos ocupa y para la que el positivismo radical y excluyente tampoco tendría respuesta en la medida que no admite, como sí ocurre en nuestro derecho nacional, que la moral pueda constituir un criterio de validez jurídica; no sucede lo mismo con las tesis del último Hart o con el positivismo incluyente que en la medida en que admite la presencia de argumentos morales, así sea de manera circunstancial o contingentemente y no necesarias, que pueden ser usados por los jueces para justificar la validez de las reglas positivas. Lo dicho anteriormente es compatible con el salvamento de voto (S. V. A. O81 de 2008) y la sentencia C- 083 de 1995 en el de constitucionalidad la Corte Constitucional hace mención expresa de la existencia de una regla de reconocimiento:

El test final y definitivo que permite establecer si una 'regla general de derecho' (denominada a veces 'principio') es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento (S. C - 083- 95).

Desde la perspectiva del positivismo incluyente podríamos describir el sistema jurídico nacional afirmando que éste incorpora reglas (primarias y secundarias), principios y valores. Las reglas primarias válidas lo son porque han sido creadas de conformidad con el sistema de fuentes autoritativas (reglas secundarias de cambio y adjudicación) y, además, respetan los valores y principios establecidos en la Constitución positiva. Los principios y valores son válidos porque han sido positivizados en la Constitución política de 1991, a su vez la Constitución positiva porque existe una regla consuetudinaria eficaz. Hoy no existe mayor resistencia en aceptar que las normas jurídicas encuentran su fundamento de validez en una regla de reconocimiento, que puede identificarse apelando a estudios empíricos. Esta regla consuetudinaria que fija los criterios últimos de la validez del derecho en Colombia, puede inferirse del análisis sociológico de ciertos hechos y supone que las autoridades y ciudadanos y, especialmente, los jueces consideran derecho válido a aquellas reglas primarias y secundarias (cambio y adjudicación) que presumen (principio de legalidad) conforme al sistema de fuente autoritativos (competencia y procedimiento) y los valores y principios morales positivizados en la constitución (derechos fundamentales y derechos humanos conforme a los tratados internacionales), o que han superado el test de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana. Ahora bien, la perspectiva del positivismo nos da una descripción

confiable de nuestra regla de reconocimiento, pero como el mismo Hart admite, de ella no podemos predicar su validez sino su existencia; una pregunta ineludible es la de saber si describir esa práctica social es suficiente para explicar y justificar porque debemos obedecer las reglas que gozan de presunción de legalidad o que superen el test de exequibilidad. El positivismo jurídico incluyente, al asumir el punto de vista del científico-observador, que intenta describir imparcialmente un fenómeno, sólo puede dar cuenta de la existencia del derecho como fenómeno empírico, no como fenómeno normativo, pues no puede justificar porque lo que identifica esa práctica debe admitirse como derecho válido, no puede decir porque esa práctica debe obedecerse, sólo que es obedecida. Éste es el gran desafío para la teoría jurídica. Teniendo en cuenta lo anterior, esta investigación considera que al punto de vista del observador imparcial no es suficiente para comprender el sentido que los participantes (jueces y ciudadanos) le atribuyen a esa práctica y a la comprensión de sus reglas.

En la Sentencia C-443 de 1997 la Corte reconoce la incertidumbre reinante en la teoría del derecho actual para sugerir que la Corte no toma partido por alguna corriente en especial:

Independientemente de los debates teóricos asociados a esas escuelas, y que obviamente no le corresponde a la Corte Constitucional resolver, lo cierto es que importantes sectores de la doctrina contemporánea consideran que esas distintas nociones no son incompatibles entre sí sino que, con algunos matices, expresan diversos componentes y momentos de la validez de una norma, en aquellos regímenes con supremacía de una constitución que incorpora principios y valores materiales, tal y como sucede en Colombia. Por ello estos sectores proponen distinguir estos aspectos, e incluso utilizar apelativos distintos para cada uno de ellos, a fin de tener una visión integral del complejo fenómeno de la validez jurídica en una democracia constitucional. De un lado, se propone denominar validez sustantiva o validez en estricto sentido, al hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, y en especial que armonice con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro lado, se propone llamar validez formal o vigencia al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento (Sentencia C-443-97).

A pesar de lo anterior, consideramos que la tesis que ha acogido la Corte constitucional colombiana se identifica con los argumentos del positivismo incluyente y del neo-constitucionalismo positivista pues si bien el sistema jurídico colombiano hace un reconocimiento explícito de una serie de principios que tiene un fuerte contenido moral, estos principios se hallan positivizados; no son anteriores a la Constitución ni se encuentran en la historia moral y constitucional de nuestra cultura política, que hasta hoy ha sido más bien autoritaria y poco democrática, opuesta a la ideología liberal y pluralista de la nueva Carta constitucional. Los principios morales en el sistema jurídico, luego

de la expedición de la Constitución política de 1991, más bien representan valores contrarios a los que se han ido consolidando durante cinco siglos como consecuencia de nuestra modernidad postergada. Por otra parte, esos principios y valores establecidos en los derechos fundamentales, no requieren de un súper-juez como Hércules que los descubra e infiera de ellos la única respuesta correcta, sino un juez humano, demasiado humano, que respetando las reglas mínimas del discurso práctico infiera una de las tantas respuestas correctas posibles a partir de los principios fijados explícitamente o implícitamente en la Constitución. El anterior razonamiento es compatible con la idea de que algunos sistemas jurídicos incluyen una pretensión de corrección moral (derechos fundamentales) aunque esta no tenga carácter definitorio sino más bien calificativo para las normas individuales.

III. Conclusiones y consideraciones finales

De todo lo anterior puede colegirse, desde la perspectiva analítico-conceptual, que hoy no es posible sostener una teoría sobre la validez de las normas individuales inconmensurable y excluyente como lo sostuvieron, hasta la primera mitad del siglo XX, el positivismo y el iusnaturalismo, ello debido a moralización del derecho y coetáneamente, la juridificación de la moral. Como puede colegirse de lo dicho en este trabajo, las posiciones se han acercado tanto que puede encontrarse no-positivistas como Alexy que reconocen la fuerza vinculante de las normas positivas injustas y también, positivistas, como los incluyentes, que admiten la fuerza vinculante de las normas morales.

Los constitucionalistas (positivistas y no positivistas) reconocen un hecho que no fue avizorado ni por los iusnaturalistas ni por los positivistas: la moral ya no se halla por fuera del sistema jurídico sino al interior del mismo, no flota, ha migrado al corazón mismo de los sistemas jurídicos contemporáneos por obra de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la positivización en textos constitucionales de una serie de derechos morales. En consecuencia, es inevitable que los jueces y autoridades, para identificar el derecho válido deban realizar no solo un juicio empírico y formal sino también un juicio de evaluación moral. De allí la importancia de una teoría como la neo-constitucionalista, tanto en su versión positivista como no-positivista, para dar cuenta de esta nueva situación en los sistemas jurídicos moralizados en la medida en que incorpora una nueva idea a la discusión sobre la validez del derecho: la Constitución como fuente de validez de la producción infra-constitucional del derecho en una comunidad. Pero además, los neo constitucionalistas en general comparten la tesis de que la validez del derecho legislado o judicial debe cumplir con requisitos formales como requisitos sustanciales establecidos en el propio texto constitucional, la diferencia se encuentra en que los antipositivistas, a diferencia de los constitucionalistas positivistas, suponen que lo sustancial o material no se corresponde únicamente con lo dispuesto positivamente por la Constitución.

Este trabajo reconoce sus límites en la medida en que no toma partido en torno de ninguna de las dos versiones del constitucionalismo, lo que no le impide, desde una perspectiva crítica, sostener que a pesar de que la propia Corte Constitucional se abstiene de tomar partido por una corriente teórico-jurídica particular, la orientación de nuestra jurisprudencia constitucional se acerca más a los postulados del constitucionalismo positivista que del no-positivista.

Este trabajo también reconoce sus límites en relación con la discusión ya no de la validez de las normas jurídicas particulares sino del ordenamiento jurídico en su integralidad. Lo primero que cabría señalar es que el problema de la validez del sistema jurídico no hace parte de las preocupaciones centrales de esta investigación, debido a que no es un problema estrictamente de la teoría jurídica sino de la sociología y la teoría política, pues como lo hemos visto, no existe un criterio estrictamente jurídico para determinar la validez del derecho en cuanto sistema de normas sino en tanto normas individuales. Kelsen intentó hallar ese fundamento en una norma básica de la que nunca pudo explicar su carácter jurídico. Del sistema jurídico en su totalidad sólo puede predicarse su validez moral (justicia-legitimidad), o su validez social (eficacia). Si lo que se quiere es priorizar la validez moral debemos apoyarnos en las teorías políticas y morales que usualmente son acogidas por las teorías iusnaturalistas o no positivistas que suponen que el sistema jurídico en su totalidad debe incorporar una pretensión justicia, corrección o rectitud moral (Alexy) que se expresa en normas que garantizar ciertas libertades y derechos innegociables y sin las cuales estamos en presencia de un sistema depredador, la cuestión es identificar la moral crítica o social adecuada para ello. Si lo que se indaga es la validez social, debe apelarse a estudios sociológicos. Los positivistas, en general, están de acuerdo en que para que un sistema jurídico sea válido debe gozar de aceptación social o de eficacia instrumental, independientemente de las razones (prudenciales o morales) por las que sea aceptado o sea eficaz, el positivismo, sin embargo, como lo hemos visto tiene dificultades para justificar el derecho injusto como el caso del nacionalsocialismo o las dictaduras latinoamericana. Hoy la tendencia es admitir que un sistema jurídico, cualquiera sea éste, no se sostiene por la pura eficacia del poder, requiere además de una dosis mínima de legitimidad o moralidad (Hart, 2004). En la mayoría de las democracias avanzadas la estabilidad de los sistemas jurídicos se debe a su justicia que por su eficacia social, en cambio en Latinoamérica el sistema jurídico históricamente se ha mantenido por la eficacia instrumental (coacción) de sus normas más que por su moralidad; tal es el caso colombiano hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, que a pesar de su injusticia social a veces intolerable, mantuvo por la eficacia de sus normas respaldadas en el miedo, el abuso del poder y el terror. Es indudable que la nueva Carta ha introducido una dosis de justicia con la inclusión de una serie de derechos morales que progresivamente han venido siendo desarrollados por la justicia constitucional, a pesar, de los intentos permanentes del legislativo y ejecutivo desde su expedición de recortar sus alcances.

Referencias

- Alexy, Robert. 1997. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona. Editorial Gedisa.
- _____. 2006. “La naturaleza de la filosofía del derecho”, En, *Revista Doxa*, No. 26. España.
- Arango, R. 2004. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Austin, J. (1994). “The province of jurisprudence determined” (Lecture I). En R.
- Arismendy Ramírez, M. S. (2023). El porte de armas en la normativa federal de los estados unidos desde la perspectiva iusnaturalista. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(30), 248–259. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.30-2023-4247>
- Campbell, *Lectures on jurisprudence or The philosophy of positive Law*, Vol. I. Londres. John Murray.
- Bastidas F. 2001. *El silencio del emperador*. Bogotá. Editorial Universidad Nacional.
- Bernal, P. C. 2008. *El derecho de los derechos*. Bogotá Universidad Externado de Colombia.
- Betegón, J y otros. 1997. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid. McGraw –Hill.
- Bobbio, N. 1992. *Teoría general del derecho*. Bogotá. Editorial Temis.
- _____. 1993. *El positivismo jurídico*. Madrid. Editorial Debate.
- Comanducci, P. 2007. “Modelos e interpretación de la constitución”. En M. Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid/México DF. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Corte Constitucional. 1992. Sentencia T-406 de 1992 Colombia
- _____. 1995. Sentencia T-047 de 1995. Colombia
- _____. 1995. Sentencia C- 083 de 1995. Colombia
- _____. 1995. Sentencia T-260 de 1995. Colombia
- _____. 1995. Sentencia C-222 de 1995. Colombia
- _____. 1995. Sentencia T-123 de 1995. Colombia
- _____. 1996. Sentencia C-037 de 1996. Colombia
- _____. 1997. S. V. 329 de 1997. Colombia

- _____ 1997. Sentencia T-175 de 1997. Colombia
- _____ 1997. Sentencia C-443 de 1997. Colombia
- _____ 1998. Sentencia T-321 de 1998. Colombia
- _____ 1998. Sentencia SU-640 de 1998. Colombia
- _____ 1999. Sentencia SU-168 de 1999. Colombia
- _____ 2000. Sentencia T-009 de 2000. Colombia
- _____ 2000. Sentencia T-068 de 2000. Colombia
- _____ 2001. Sentencia C-048 de 2001. Colombia
- _____ 2001. Sentencia C-1290 de 2001. Colombia
- _____ 2001. Sentencia SU-1122 de 2001. Colombia
- _____ 2006. Sentencia C-820 de 2006. Colombia
- _____ 2008. S. V. A. O81 de 2008. Colombia
- _____ 2008. Sentencia C-713 de 2008. Colombia
- _____ 2011. Sentencia T-266 de 2011. Colombia

Devlin, P. 2010. *La imposición de la moral*. Madrid. Editorial Dykinson.

Diaz Correa, N. E. (2023). Normas que regulan el uso de la fuerza por parte de la policía nacional de Colombia en el marco de las protestas, disturbios y grave alteración del orden público. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 643–665. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4483>

Del Río González, E. . (2023). Integridad moral y medios de comunicación: un reto para el derecho penal. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 666–683. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4484>

Dworkin, R. 1984. *Los derechos en Serio*. Barcelona. Editorial Ariel.

Ferrajoli, L. 2009 *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta, Madrid.

_____ 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid.

Finnis, J. 2003. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon press oxford.

Garzón, E. (1998). Derecho y moral. En R. Vásquez, *Derecho y moral*. Barcelona. Gedisa.

- Guerra Bonet, J. D., y Ospina Vellojín, K. L. (2023). Incorrecto razonamiento matemático del consejo de estado en materia indemnizatoria ante el fenómeno de acrecimiento: errores en la sentencia de unificación ce-suj-3-001 de 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 211–244. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4236>
- Hart, H. 2004. *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- _____. 1994. "Postscript" a *The Concept of Law*. Oxford. Oxford University Press.
- Kelsen, H. 1970. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires. Eudeba Editorial Universitaria.
- _____. 2006. *Teoría pura del derecho*. Grupo editorial Éxodo, México D. F.
- López Medina, D. 2010. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Martínez, R. y otros. 1994. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología jurídica*. Barcelona. Ariel Derecho.
- Moreso, J. 2002. "En defensa del positivismo jurídico incluyente". En, *la relevancia del derecho. Ensayos de Filosofía Jurídica, Moral y Política*. Barcelona. Gedisa.
- Montenegro Sandón, R. D. (2023). Análisis de la justificación de la sentencia c-258 de 2013 desde la teoría de la argumentación jurídica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 615–642. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4482>
- Nino, Carlos. S. 1999. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona. Ariel.
- Perelman, Chaïm. 1993. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid. Editorial Civitas.
- Pereira Blanco, M. J., y Luna Salas, F. (2023). Del tráfico de estupefacientes: análisis de la tipicidad objetiva del delito de conservación o financiación de plantaciones en la legislación colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 179–210. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4235>
- Raz, Joseph. 1979. *The authority of law. Essays on law and morality*, Clarendon Press.
- _____. 1985. *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Riddall, J. (2000). *Teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Rodenas Ángeles. 2003. "¿Que queda del positivismo jurídico?", en, *Revista Doxa*.
- Ross, Alf. 1993. *El concepto de validez y otros ensayos*. México. Fontamara.
- Romano Burgos, F., y Echeverría Acuña, M. A. (2023). La responsabilidad del estado frente a los derechos humanos en el escenario de una neolegitimación desde los escenarios digitales en el marco del posconflicto. *Revista Jurídica Mario*

Alario D'Filippo, 15(30), 309–325. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.30-2023-4251>

Rodríguez Martínez, C. (2023). De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. La importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador colombiano en el proceso de creación de la ley. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 111–125. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4230>

Segura M. 1998. *La racionalidad jurídica*. Madrid. Editorial Tecnos.

Soriano, R. 1993. *Compendio de Teoría General del Derecho*. Barcelona. Ariel Derecho.

Stöber, M.(2023). La resolución alternativa de litigios en el derecho alemán y europeo. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 5–28. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4225>

Tamayo, J. 2008. “Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la Corte Constitucional”, En, III Congreso Nacional y I Internacional De Derecho Constitucional. Pasto. Universidad De Nariño.

Peña Cuellar, D. M., y Vidal Lasso, A. D. (2023). La desconexión laboral y el acoso laboral. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 126–146. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4231>

Vilajosana, J. M. 2007/2008. “Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal”, En *Revista telemática de filosofía*. No. 11.

Vargas Marín, L. F., y Botero Bernal, A. (2023). El fenómeno de la sobrepoblación: un análisis desde el pensamiento ético y político de Aristóteles. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 447–468. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4475>

Waluchow, W. J. 2007. *Positivismo jurídico Incluyente*. Marcial Pons, Madrid.