



**La diferenciación derivativa-funcional de la
jurisprudencia constitucional para su determinación
como fuente formal de derecho.
(Argumentos para la consolidación de una decisión
del Tribunal Constitucional de Colombia)**

Jorge E. Barajas

Abogado de Universidad Pública Colombiana; ghost writer en derecho y otras disciplinas;
corrector de estilo. Correo-e: utopiatomasmoro@gmail.com

Nota preliminar:

En el presente escrito se usa el nombre de “Tribunal Constitucional” como sinónimo de “Corte Constitucional” por lo siguiente: al parecer el primer uso de la palabra “Corte” en la administración, está relacionado con la *monarquía*. Sabido es (y no es éste el espacio para ahondar en tales detalles) que la depuración del lenguaje es vital en la configuración del imaginario y de la psiquis colectiva (v. entre otros, la “Genealogía De La Moral” de Nietzsche); siendo Colombia un Estado *Republicano*, y estando en época de bicentenario (2010-2019), es justo hacerle este pequeño homenaje (el de reemplazar en este escrito la palabra “corte” por “tribunal”) a las mujeres y hombres que hicieron posible la independencia de Colombia.

Resumen.

En el presente artículo se proponen nuevos conceptos jurídicos (“*La diferenciación derivativa-funcional*”) y argumentaciones inéditas que eventualmente pueden ser útiles en otros países en donde aún no se ha dado este necesario e importante paso hacia el reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho. No está de más recordar que éste no es un artículo sobre la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, sino básicamente sobre *La diferenciación derivativa-funcional* de la jurisprudencia constitucional (para su determinación como fuente de derecho).

Palabras clave: precedente judicial, jurisprudencia constitucional, fuentes del derecho, Corte Constitucional, sentencia c 634 de 2011.

La diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia constitucional para su determinación como fuente formal de derecho. (Argumentos para la consolidación de una decisión del Tribunal Constitucional de Colombia)

I. Justificación:

Esta argumentación *a posteriori* que se ofrece en el presente artículo,¹ es justificada y *necesaria* por varias razones: PRIMERO: la Sentencia es relativamente reciente y por ello es necesario proseguir en su comentario. Además hay operadores jurídicos que a este momento (agosto de 2013) no la conocen. SEGUNDO: en consecuencia con el anterior punto, es necesario y útil no dar por terminada la discusión al respecto, pues muy probablemente ella, en este caso, contribuye a la consolidación de la decisión del Tribunal Constitucional. TERCERO: la discusión política (y a veces auténticamente jurídica) sobre los alcances, las competencias y la, en algunos casos, supuesta *extralimitación de funciones*² de los tribunales Constitucionales, muy seguramente siempre estará a la orden del día, siempre será un tema vigente (Por lo menos mientras existan estos tribunales y existan en las sociedades visiones políticas encontradas), y en cuanto al caso colombiano, aún se escucha una que otra voz lamentarse por esta decisión del Tribunal Constitucional en la que se reconoce a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho (Sentencia C-634/11). CUARTO: en el presente artículo se proponen nuevos conceptos jurídicos (“*La diferenciación derivativa-funcional*”) y argumentaciones inéditas que eventualmente pueden ser útiles en otros países en donde aún no se ha dado este necesario e importante paso hacia el reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho. No está de más recordar que éste no es un artículo sobre la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, sino básicamente sobre *La diferenciación derivativa-funcional* de la jurisprudencia constitucional (para su determinación como fuente de derecho), por lo tanto, sobre la discusión al respecto de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, solo se abordarán los aspectos dialécticos que el autor encuentra necesarios para el presente trabajo, o los elementos ineludibles para la contextualización del tema.

A pesar del afortunado fallo en la Sentencia C-634/11, que finiquita (en Colombia) la discusión respecto de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, puesto que la reconoce como tal, el presente artículo se justifica no solo por el factor de consolidación de la decisión jurisprudencial anotada en el subtítulo (proceso éste inherente a toda decisión judicial), sino porque además había un **grave error en la argumentación** que se oponía oficial y extraoficialmente al reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho;³ es de vital importancia dar a conocer y discutir ese

¹ *A posteriori* teniendo en cuenta que aparentemente la Sentencia C-634/11 dirime la discusión sobre la aceptación de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho... sin duda la dirime desde el punto de vista técnico, judicial, pero también sin duda la discusión continuará, como ha continuado, en el campo doctrinal.

² De lo que fue acusado informalmente el Tribunal Constitucional colombiano por su comentada Sentencia C-634/11.

³ Ese error en la argumentación, que hasta donde se sabe no había sido planteado antes como tema de discusión, se enunciará, se explicará y se pretenderá rebatir en el presente artículo.

grave error en la argumentación, ya que, entre otras cosas, existe una prioridad en el derecho que no es ajena al sistema jurídico colombiano, y es, como dice la misma Sentencia C-634/11 “[...] *la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión [...]*”⁴ Si bien lo anterior, como se observa, lo predica el tribunal Constitucional de la actividad judicial, se considera, como ya se anotó, que este “*discurso racional*” con un mínimo de rigor en la selección y uso de las respectivas premisas, es una prioridad del derecho en general, y no solo de los jueces; en consecuencia el anterior enunciado podría leerse así: *se hace necesaria la exigencia que la argumentación jurídica cumpla con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, entre otros aspectos, que incorpore todas las premisas obligatorias para la adopción del debate y éste se fundamente en razones sustantivas, objetivas, necesarias y suficientes*. Y si algo es evidente en el grave error argumentativo que se discutirá aquí, es que la argumentación por parte de quienes se oponían al uso de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, dejaba mucho que desear como “*discurso racional*”. Ese grave error en la argumentación (y en el cual cayeron algunos juristas acuciosos [cuyas grandes cualidades profesionales están por sobre ese lapsus]), debe hacer reflexionar sobre la calidad del debate jurídico en Colombia, y por ello se justifica con creces este artículo y cobra plena vigencia mientras subsistan dichos yerros argumentativos...⁵ Ahora, esto no significa de ninguna manera que no haya en Colombia un debate jurídico de altura, lo hay, pero también hay a veces algunos errores recurrentes (y esto no solo se ve en Colombia): uno de ellos es el apego al “*argumento de autoridad*”:⁶ el argumento de autoridad en materia jurídica no es menos importante (¡Y útil!) que, por ejemplo, en la física,⁷ pero a veces pareciera que los abogados olvidan que la física avanza no porque la comunidad científica se reúna en congresos internacionales a aplaudir las leyes y las teorías establecidas, sino precisamente cuando se las refuta (falsacionismo). Frecuentemente es un deleite intelectual y profesional leer argumentos de autoridad como los de los magistrados colombianos,⁸ pero no debe creer el gremio de los abogados que

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11 (Sin negrilla ni subraya en el original).

⁵ Es claro que hacer un debate académico de altura no es fácil, y quizá menos en materias como el derecho, que debe tener la fiabilidad de la ciencia; la riqueza de la filosofía; la prudencia de la enseñanza derivada de la historia; pero también el arrojo y la valentía (razonada, valga aclararlo) de la prospectiva, y finalmente la presentación (o cuando menos la apariencia) del arte... quizá algunos se sorprenderán con esto último, pero sin lugar a dudas, un argumento impecablemente construido, tanto por su rigor académico, por su agudeza intelectual, como por su posible elemento *creativo*, guarda indudablemente cierto parentesco con una obra de arte.

⁶ Sobre el argumento de autoridad véase: WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Traducción Jorge F. Malem Seña, Blanca Ribera de Madariaga [de la actualización]. 10ª edición. Bogotá: Editorial Planeta, marzo de 2009. pp. 55-65.

⁷ Sin embargo, hay o debe haber una diferencia relativamente sustancial entre el argumento de autoridad en las ciencias exactas y en las “ciencias” sociales (a las que pertenece el derecho), puesto que no puede negarse que el grado de especulación en el derecho es más elevado que en las ciencias exactas; esto quizá por el innegable componente filosófico que frecuentemente transversa al derecho. Si juristas, abogados y operadores jurídicos no tienen en cuenta esta diferencia ontológica entre uno y otro argumento de autoridad, es altamente factible que se presenten errores y abusos en su uso.

⁸ Gerhard Masur, sin duda un gran investigador a pesar que pueda diferirse y hasta controvertirse algunas afirmaciones de su obra biográfica “Simón Bolívar”, en esa misma obra señala (en uno de los capítulos finales) cómo desde los tiempos de la independencia la Nueva Granada era vista como un país de grandes abogados. Es evidente que la Nueva Granada gozaba de gran prestigio intelectual respecto de las otras

magistrados y doctrinantes gozan, como los papas, del don la infalibilidad...⁹ De este modo se observa que a veces, por cuenta del argumento de autoridad, un yerro toma fuerza en una disciplina o en una sociedad, no porque muchos estén convencidos de ello, sino más bien porque muchos están apegados al yerro inicial de uno (alguien que explícita o implícitamente está investido de la aureola de “autoridad intelectual”). No hay que olvidar a Weston cuando al respecto del argumento de autoridad dice: “[...] *confiar en otros resulta, en ocasiones, un asunto arriesgado. [...] Las supuestas autoridades pueden conducirnos a error o quizás estén equivocadas ellas mismas, o pasan por alto parte del panorama global.*”¹⁰ Dado que el argumento de autoridad no es el tema central del presente artículo, se pone punto final a este paréntesis con la siguiente anotación, con miras a aportar a la solución del problema: en las facultades de derecho colombianas, debería darse a conocer a los estudiantes el excelente ensayo de William Ospina titulado “La mosca de cuatro patas”; el ensayo es de algunas tres páginas, pero para el tema que nos interesa podemos resumirlo en el siguiente fragmento: “*En alguna parte leí que durante más de mil años la mosca doméstica tuvo cuatro patas, por la sencilla razón que así lo había dicho Aristóteles. Como Aristóteles era el sabio indiscutido y la autoridad indudable, durante más de mil años nadie se tomó el trabajo de mirar a las moscas. De pronto, a finales de la edad media, alguien vio con alarma una mosca de seis patas, una mosca que se atrevía a contrariar la verdad aristotélica, y se armó una gran confusión.*”¹¹

II. Preámbulo

Conceptos De Fuente Y Fuente Formal Del Derecho.

Como preámbulo a la contextualización del tema, se citan sucintamente algunos conceptos de fuente y fuente formal del derecho (del derecho objetivo):

Eduardo García Máynez define a la fuente formal [del derecho] como: “[...] *procesos de creación de las normas jurídicas.*”¹² Bobbio da la siguiente definición de fuentes del derecho: “*Son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.*”¹³ El profesor Marco Fonseca Ramos,¹⁴ luego del trabajo citacional de varios connotados juristas internacionales, a cerca del concepto de

colonias españolas, recuérdense las palabras de Pablo Morillo respecto de los fusilamientos de 1816: “España no necesita sabios” (Se refería a los sabios neogranadinos que iban a ser fusilados) Nota: quizá en esa situación (la Nueva Granada como un “país” de grandes abogados), unida a la frase “*El hombre de las leyes*” que Bolívar dijera respecto de Santander (frase sin duda sacada de contexto por los seguidores de este último) está la causa de **el mito** de Santander como gran jurista.

⁹ El asunto (Tan curioso, y de cierto modo tan “envidiable” para intelectuales y científicos) tiene su origen en la Constitución *Pastor aeternus* (18 de julio, 1870), una de las dos promulgadas por el Concilio Vaticano I.

¹⁰ WESTON, Anthony. *Op. cit.* p.56. Nota: en el caso del error argumentativo que se discutirá aquí, se dio exactamente eso: no se tenía en cuenta la totalidad del panorama global.

¹¹ OSPINA, William. *La mosca de cuatro patas. En: Utopía del habitar urbano: diez estrategias para el control social de la gestión pública [VV.AA].* Veeduría Distrital de Bogotá. 1996, p.404.

¹² GARCÍA M. Eduardo. *Introducción al estudio del derecho.* México. Edit. Porrúa. 32 ed. [s.f.]. ISBN 968-432-176-7. p. 51.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho.* Bogotá. Editorial Temis 1987, p.158

¹⁴ v. “Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución”. *En: Revista De Derecho [Online],* Universidad del Norte [Colombia]. Número 1, 1992, pp. 32-45.

fuerza formal del derecho y de fuentes del derecho concluye: “Fuente formal del derecho es, entonces, sinónimo de norma jurídica [...]”;¹⁵ y casi seguidamente anota: “[...] fuente formal es la norma en sí; pero, además, es el hecho, acto o proceso de su creación”¹⁶

III. Introducción.

Para entrar en materia, es necesario iniciar el presente artículo con la siguiente aclaración:

Por mucho tiempo en los sistemas jurídicos de muchos países (incluido Colombia), no se consideró a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho (y aún hay países en donde no es reconocida), ello tenía como causa, entre otras, un asunto absolutamente obvio y que los teóricos del derecho que controvertían¹⁷ a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no tenían en cuenta: la “argumentación” de estos contradictores tenía como fundamento principal (A veces expreso, a veces tácito) el que la *doctrina clásica* (alguna de ella decimonónica) y el código civil colombiano (sancionado el 26 de mayo de 1873) no contemplaban a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Era más que obvio que no la contemplaran pues esas teorías y normas son previas a la existencia de tribunales Constitucionales;¹⁸ así, cambiaron los tiempos, fueron transformándose los sistemas jurídicos de muchos países, surgieron los Tribunales Constitucionales y los contradictores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho seguían atrincherados en las obsoletas doctrinas clásicas sobre las fuentes formales del derecho...¹⁹

Para el caso colombiano, no era, como se creía comúnmente (incluso también por parte de algunos avezados juristas) que la jurisprudencia Constitucional no constituía fuente de derecho (puesto que era reconocida como criterio auxiliar,²⁰ y ello, aunque mínimo, le permitía cierto margen de maniobra), la discusión real acá era que *formalmente* aún no se había reconocido como fuente de derecho. Con esto se empieza por poner de relieve una clara y enorme dicotomía, en lo que a este tema respecta, entre la teoría jurídica, y la práctica judicial en Colombia, esto es: afirmar que la jurisprudencia Constitucional no era fuente de derecho, era una afirmación tan *in abstracto* como afirmar que la jurisprudencia no es ley (Más adelante se aborda esta última afirmación). Y era una afirmación *in abstracto* porque se hacía “sin conexión con la realidad”, ya que lo que la realidad mostraba era que en la práctica judicial colombiana (y en algunos casos hasta en la práctica jurídica) la jurisprudencia tenía *fuerza de ley*, es decir: era (y es) ley desde el punto de vista *funcional*, y de otra parte, por esto mismo, con más frecuencia que infrecuencia los jueces se atenían a la jurisprudencia (y no solo la Constitucional) como si fuera una de las otras

¹⁵ FONSECA, Marco. *Op. cit.* p. 33.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Y aún lo siguen haciendo en algunos países, pero también en Colombia, aunque en menor medida debido a la Sentencia C-634/11 que reconoció un hecho jurídico que venía dándose por parte de algunos operadores jurídicos, como era el de la aceptación de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho.

¹⁸ Como es de público conocimiento, en Colombia el origen de la “Corte Constitucional” se dio con la Constitución de 1991.

¹⁹ Este desatino, aunque injustificable, es comprensible: es oficio y a veces problema común de los abogados el de basarse únicamente en lo escrito.

²⁰ Art. 230 de la C.P.

fuentes del derecho formalmente reconocidas. Evidentemente: la tendencia de algunos jueces a acogerse sabiamente a la jurisprudencia Constitucional, era un hecho que se desenvolvía en el *espacio* (Colombia) y el *tiempo* (a partir de la Constitución de 1991, y más concretamente, podría decirse, que eso se dio a medida que el honorable Tribunal Constitucional fue “fijando la Constitución” a través de su facultad interpretativa y su labor jurisprudencial). En otras palabras, algunos operadores jurídicos habían desarrollado una suerte de *“punto de vista interno”* en términos hartianos. Como se recuerda, el punto de vista interno “[...] *es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo [...] y tener la obligación de hacer algo*”;²¹ de este modo, los jueces no estaban obligados, *normativamente* hablando,²² a acogerse a la jurisprudencia Constitucional (cuando había lugar a ello) y así darle un trato de “fuente formal del derecho”, pero sentían la obligación de hacerlo. Esto guarda relación con lo siguiente: Robert Alexy sabía que la pregunta de “¿Qué es lo debido?” era inherente al juez, y es esta pregunta lo que explica el que valerosamente algunos jueces hubieran reconocido en su práctica profesional a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho; así, la opción de algunos jueces de acogerse a la jurisprudencia Constitucional (y por ello, de hecho, hacerla fuente de derecho) no era exacto con la teoría jurídica (más exactamente con la doctrina), pero había dos cosas de invaluable peso a su favor: sí era conforme con la práctica jurídica y además era justo.

IV. El positivismo jurídico como antecedente del problema.

Sobre los antecedentes en relación con la sentencia C-634/11 y su decisión de aceptar a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, podría escribirse mucho y mencionarse una gran variedad de elementos, sin embargo se abordará aquí lo más esencial y útil para el desarrollo del tema concreto de este escrito.

Se mencionó (*supra*) que los detractores de reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho lo hacían aún a pesar de la evidente transformación del sistema jurídico colombiano, como es el caso de la promulgación de una nueva Constitución y el surgimiento del Tribunal Constitucional. La nueva Constitución implicó nuevos paradigmas en muchos aspectos, pero es de reconocer que no es solo el paradigma constitucional lo que estaba detrás de esa resistencia al cambio que le impedía a algunos reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, era también una arraigada tradición jurídica positivista; tan arraigada que algunos juristas se atreven a calificar de *“indudable característica positivista”* la naturaleza del sistema jurídico nacional. La siguiente sentencia de la sala de casación penal de la Honorable Corte suprema de Justicia es más que pertinente para el asunto en cuestión, pues aborda al mismo tiempo el tema del positivismo del sistema jurídico colombiano y el asunto importante del presente trabajo como es las fuentes del derecho. Esa sentencia es del 4 de junio de 2002.²³ En esa sentencia se afirma: *“La naturaleza del sistema jurídico nacional es de indudable*

²¹ RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. 4ª reimpression. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002. [Colección Nuevo Pensamiento Jurídico]. ISBN 598-665-004-9. p.32.

²² Se hace aquí la diferenciación entre la *obligación normativa* (que entusiasma tanto a los positivistas) y la *obligación jurídica*, que es la que debe tener presente un verdadero jurista, y que por tanto, tiene en cuenta la integralidad y la complejidad del sistema jurídico.

²³ M.P. Dr. Carlos Mejía Escobar

característica positivista.”. Es muy probable que detrás de ese bagaje positivista que trasluce la frase anteriormente citada, estén las siguientes normas en donde se habla del asunto de las fuentes del derecho, en ellas no se menciona a la jurisprudencia Constitucional... ¡Como era obvio! pues no existía la “Corte Constitucional” (como se verá, algunas normas son del siglo antepasado); alguna de ellas son: **Artículo 5 de la ley 57 de 1887; Artículo 4º del C.C.; Artículos 4º, 5º y 37, numeral 8, del C. de P.C.; 8º y 13º de la ley 153 de 1887.** Ahora: ¿es tan cierto que “*La naturaleza del sistema jurídico nacional es de indudable característica positivista.*”? Sin duda el positivismo ha permeado al sistema jurídico colombiano, pero de ahí a afirmar, como se desprende indirectamente de la afirmación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que esa es la principal característica de la naturaleza del sistema jurídico colombiano, es algo que, con todo respeto, vale la pena revisar, aunque sea muy someramente; véase, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución:

“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, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:”

¿Quizá lo más “positivista” de la Constitución sea la invocación de “*la protección de Dios*”? ¿O quizá sea la mención de los principios de “*justicia*”, de “*igualdad*” o de “*libertad*”? (Es algo difícil imaginar a Kelsen hablando de la “justicia” no como aparato o rama del poder estatal, sino como principio Constitucional o como valor ético [Es decir, en parte y de cierto modo: “*justicia material*”]), muy seguramente lo más “indudablemente positivista” del preámbulo de la Constitución Política de Colombia sea su exhortación de garantía de un “*orden político, económico y social justo*”... parece que el preámbulo de la Constitución no aclara la duda que se siembra en el presente artículo respecto de la “indudable” característica positivista del sistema jurídico colombiano... quizá el artículo 1 de la Constitución ayude a despejar esa duda:

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¿Quizá la mención cenital que el constituyente hizo del principio de “dignidad humana” como elemento fundamental del Estado es la prueba reina del carácter “indudablemente positivista” del sistema jurídico colombiano?... Está de más decir que con lo anterior (Con la cita del preámbulo y del artículo 1 Constitucional) se ha planteado un sarcasmo para llevar casi a una *Reductio ad absurdum* el concepto de positivismo, pues como se sabe, significa todo lo contrario de los principios que se acaban de mencionar y que están contenidos tanto en el preámbulo de la Constitución como en su artículo primero, y es claro que no solo hay principios iusnaturalistas en esta parte de la Constitución sino también en

muchos otros apartados. Por esto en el presente trabajo se considera que no es del todo cierto o exacto afirmar que el sistema jurídico colombiano es de “indudable característica positivista”, puesto que hay principios y contenidos (expresos unos, tácitos otros) indudablemente ius naturalistas en la Constitución política. En esa misma sentencia, de la honorable Corte Suprema de Justicia y hablando de la Ley se afirma: “A *su imperio exclusivo obliga la Constitución a los jueces atar sus providencias (artículo 230)*” olvida la sentencia, y quienes juiciosamente la citaban para justificar el apego ciego a la ley, que la Constitución misma es ley, y no cualquier ley, sino “ley de leyes”. Tal vez sea acertado afirmar que así como Hart decía que “*lo que la Constitución dice es derecho*”,²⁴ hay suficientes razones para sentenciar válidamente que “lo que el tribunal Constitucional dice es la Constitución”. Si se está de acuerdo con esto, si “lo que dice la Corte Constitucional es la Constitución”, y si se tiene en cuenta que la Constitución es ley de leyes, entonces el acato a la jurisprudencia Constitucional en la resolución de un conflicto sometido al escrutinio del juez, es también otra forma que tenía y tiene el operador judicial para ajustarse y someterse al “imperio de la ley”, y no, como se creía erróneamente, que era un modo de evadirlo. Sobre esto es necesario comentar que en algunos casos se llegó al absurdo de plantear la *vía de hecho* en los jueces que se atenían a la jurisprudencia Constitucional: vale decir, y no con base a la Sentencia C-634/11, sino con base en el análisis integral del sistema jurídico colombiano (lo que significa que esto debió tenerse en cuenta antes de la mencionada sentencia) que no hay *vía de hecho* cuando un juez se acoge a la jurisprudencia Constitucional, porque al hacerlo no está imponiendo de facto su capricho (lo que sí daría lugar a la *vía de hecho*), sino que, todo lo contrario, está *sometiéndose* a lo razonado por una instancia superior, legítima y legalmente constituida que a su vez ha procedido conforme a derecho. Así, para tachar de *vía de hecho* la actuación del juez en estos casos, sería necesario que además de otros requisitos, la decisión jurisprudencial acogida por el juez, sea ella misma una *vía de hecho*.²⁵

La comentada sentencia de la Corte Suprema de J. hace una especial (y reiterada [*passim*]) mención al tema del carácter soberano de la ley. Aquí no se pone en duda el carácter soberano de la ley, pero surge una pregunta: ¿acaso sí se puede poner en duda el carácter soberano de la ley de leyes, es decir, de la Constitución? Evidentemente la sentencia de la CSJ no entra en este cuestionamiento, pero lo que se quiere poner de relieve con esta mención es que la invocación del carácter soberano de la ley por parte de la sala de casación penal de la honorable Corte Suprema de Justicia era inocua para la discusión jurídica del problema (las fuentes del derecho), puesto que la Constitución (y por ello mismo la jurisprudencia derivada de ella ¡y conforme a ella!) es tan soberana (si no más, pues téngase en cuenta que deriva *directamente* del constituyente primario) como la ley misma, la cual proviene del congreso, y este a su vez ejerce una soberanía *delegada*. De esta forma, tal vez no es equivocado afirmar que el principio de soberanía contenido en el Contrato Social de Rousseau y aplicado a una Constitución Política, no es en nada más débil que el principio de soberanía contenido en el Espíritu de las Leyes de Montesquieu (en quien tal vez esté inspirado el respetable discurso de la honorable Corte cuando habla de la soberanía de la ley) y aplicado a las leyes (o más concretamente al senado), si así

²⁴ RODRÍGUEZ, *Op. cit.* p.27.

²⁵ Se aclara que en algunos casos puede presentarse *vía de hecho* aún cuando la jurisprudencia acogida por el juez no constituya ella misma *vía de hecho*.

fuera, si sería válido (y pertinente) entrar en la discusión del carácter soberano de la ley para dirimir el problema jurídico discutido en la sentencia.

Ahora, la opinión pública, o incluso profesionales del derecho suelen confundir la *representatividad* con la *soberanía*, y en tal virtud no faltaría quien pretenda objetar alegando que es más “soberano” el congreso, que está compuesto de cientos de miembros, que el Tribunal Constitucional que está compuesto por un puñado de juristas. No cabe duda de que los congresos suelen ser más *representativos* que las altas cortes, pero de ello no puede desprenderse que necesariamente sean más soberanos. Al hipotético objetor habría que responderle que no es el número de miembros lo que hace más soberana o menos soberana a una corporación, que la soberanía de una institución depende de que derive sus atribuciones y facultades de la soberanía popular, y esto se da en la medida en que sean *órganos constitucionales* representativos, así las cosas, un tribunal Constitucional es tan soberano como un congreso, y en consecuencia, sus actos conforme a la Constitución y a la ley, no son simples actos de magistratura, sino verdaderos actos de soberanía. Ahora, quizá sea acertado afirmar que la legitimidad de esos órganos constitucionales en gran medida depende de la interpretación que hagan del que por principio es el más soberano de los documentos de un país, como es su Constitución Política. Muchas veces en Colombia, como en otros países del mundo, sucede que los congresos toman decisiones que no solo no son soberanas (¿No es esa una de las causas de la grave crisis del agro colombiano?) sino que además son anti soberanas, si la “soberanía” de una institución estuviera determinada por el número de sus miembros, casos como estos no se hubieran visto jamás ni en Colombia ni en el mundo, pues suele suceder que los congresos generalmente son muy numerosos, o al menos más numerosos que los altos tribunales. Queda así claro que si la pretensión de la honorable Corte Suprema era “abrir un boquete hermenéutico” en torno al tema al mencionar el asunto del carácter soberano de la ley, es evidente que no logra abrir tal “boquete” debido a la ya explicada inocuidad (e incluso innecesaridad) de ese argumento, pero además, y por sobre todo, porque si la ley es soberana, la Constitución lo es aún más.

Finalmente, en cuanto a que la naturaleza del sistema jurídico nacional es “de indudable característica positivista.” es factible considerar que con base en el siguiente fragmento (por supuesto no es el único fragmento en apoyo de ésta tesis) podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano no es tan positivista como algunos respetables juristas afirman: “(iii) *no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios.*”²⁶

En otras palabras, para terminar este subtítulo sobre el positivismo como posible causa del problema, los opositores a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho se fundaban en la ausencia una “regla secundaria” en términos Hartianos,²⁷ es decir, en que no había norma escrita que reconociera a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Esta sería una regla secundaria por cuanto tiene que ver no con derechos y

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11 (Nota: sin negrilla en el original).

²⁷ Se aclara que esto es una deducción, pues este argumento no se encuentra en la bibliografía sobre el tema, o más concretamente, en la bibliografía consultada en donde los opositores a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, expresaban sus puntos de vista.

obligaciones de los administrados (reglas primarias) sino con la parte orgánica del sistema jurídico.

En dicho bagaje positivista está sin duda la causa de la mal interpretación que algunos doctrinantes y jueces hacían del principio de “sometimiento del juez al imperio de la ley”. Es necesario abordar este álgido tema.

V. Interpretación del concepto de “El imperio de la ley” (Al cual debe someterse el Juez).

Sostener en la argumentación de este problema jurídico sola o fundamentalmente, como así se hacía, la tesis del deber de sometimiento del juez al imperio de la ley (Este parecía ser el argumento más recurrente de los mencionados detractores), constituía una visión muy simplista de un problema altamente *complejo*. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que en el mencionado problema jurídico se presentaba colisión de principios Constitucionales en varios puntos (Por lo menos en dos): uno en el elemento hermenéutico, poniendo en evidencia una contradicción Constitucional entre los artículos 4 y 230;²⁸ y otro en el *momentum* decisorio del juez, puesto que si bien es cierto que las decisiones de los jueces deben estar atadas al imperio de la ley, también lo es que el elemento activo del juez (el juez como *sujeto* activo del derecho, y no como un objeto contratado para la simple aplicación de normas) constituye una necesidad para garantizar la tan pregonada independencia del juez (o del sistema judicial) dentro de un sistema político republicano y democrático, de tal modo que el principio que subyace como *causa activa* (es decir, causa actuante) en el acto de escoger una u otra fuente del derecho que sustentará su decisión judicial, es el principio de la independencia del juez, el cual no es poca cosa, pues guarda una estrecha relación con el principio republicano de la separación de poderes de Montesquieu (una de las piedras angulares del sistema republicano [S XVIII y XIX] y ahora de los sistemas democráticos [S XX y XXI]), pues sin esa necesaria independencia del juez, se desdibujaría por completo el principio de la separación de poderes. Ciertamente, que como decía Montesquieu: “[...] cuando en un gobierno popular [léase democrático] las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido [...]”.²⁹ Esta sentencia del eminente jurista francés, deja ver, implícitamente, la indudable importancia del sometimiento del juez (entre otros) al imperio de la ley; pero debe tenerse en cuenta además que esa independencia del juez antes mencionada, no es menos vital para la legitimidad de su decisión (y del sistema jurídico mismo) que su sometimiento al imperio de la ley. Se constata entonces que en este punto era (y sigue siendo) necesaria una ponderación de principios, análisis éste que se evadía cuando de una manera dogmática se exigía el sometimiento del juez al imperio de la ley.

²⁸ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

ARTICULO 230. 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.

²⁹ MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Traducido por: Mercedes Blázquez y Virgilio Ortega. Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984. T. I., p. 45.

El sometimiento del juez al imperio de la ley, no significa única o necesariamente el acato de la “*ley en sentido estrecho*”,³⁰ sino el acato y sometimiento a la “*ley en sentido amplio*”³¹ pues no hay que olvidar que la Constitución es “ley de leyes”, y por ello lo que de la Constitución dice su legítimo y máximo intérprete autorizado también es ley, y en consecuencia, el sometimiento del juez al imperio de la ley, incluye también, de suyo propio, la sujeción del juez a la interpretación legítima de la ley de leyes que se hace por vía jurisprudencial. Por ello con prístino acierto dijo el honorable Tribunal Constitucional de Colombia:

“...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”³²

Pero además hay que tener en cuenta no solo que la Constitución es ley de leyes, y que por esto no puede pretermitirse a la Constitución cuando se aborda el principio de “el sometimiento del juez al imperio de la ley”,³³ es fundamental no olvidar que aún la ley en sentido estrecho debe ser “interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución;”³⁴

Es evidente que no puede tenerse una correcta asunción del principio de sometimiento del juez al “imperio de la ley” si además del significado del concepto mismo, no se tiene en cuenta que al concepto de “ley” no solo pertenecen los textos legales (emanados del congreso) sino también una serie variada de textos normativos como la constitución, las ordenanzas, los reglamentos etc.³⁵ En otras palabras, en materia jurídica no es suficiente con conocer el significado de los diferentes principios, es de importancia relevante y determinante, saber en qué contextos aplican (lo que significa ya no “conocer” el concepto sino “dominarlo”). De este modo se evidencia aquí un enésimo error de los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, pues apelaban incisiva y

³⁰ Entiéndase aquí por “ley en sentido estrecho” a la ley formal, es decir, aquella derivada del poder legislativo.

³¹ Entiéndase aquí por “ley en sentido amplio” a toda norma que desde el punto de vista *funcional* es ley porque reúne todas las características de ésta (incluida la característica de estar investida y/o gozar del atributo de “fuerza de ley”), excepto por su elemento derivativo (su origen no deriva del congreso). Quizá el ejemplo más representativo del concepto de ley en sentido amplio es la misma Constitución. De este modo, al invocarse el principio del sometimiento del juez al imperio de la ley, el término “ley” debe entenderse “desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad” (Sentencia C-634/11). Nota: en la cita inmediatamente anterior el tribunal Constitucional no hace esa afirmación del concepto de ley, pero el contexto sí es el del principio del sometimiento del juez al imperio de la ley, por lo demás, es a todas luces claro que el principio subyacente en la cita sí es aplicable, también, al concepto propuesto de “ley en sentido amplio”.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

³³ En palabras coloquiales ello equivaldría a dejar de lado a la más ley entre las leyes.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

³⁵ Y no hay que olvidar que “[...] la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.)” (Sentencia C-634/11)

dogmáticamente al principio del sometimiento del juez al *imperio de la ley*, pero no tenían en cuenta que este principio era y es aplicable a la Constitución misma por ser ley de leyes. Vale decir que los positivistas con poca sensatez (pues había que tener muy poca sensatez para oponerse tan ferozmente a aceptar la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho alegando que la doctrina y el código civil [ambos anteriores a la existencia del tribunal Constitucional] no lo permitían) muy seguramente se hubieran sentido a sus anchas en la antigua Persia donde la ley (es decir, la voluntad del monarca) era en “absoluto” inviolable: “*En Persia, cuando el rey condena a alguien, nadie puede hablarle del asunto ni pedir clemencia. La orden se ejecutaría aunque estuviera ebrio o fuera de sí.*”...³⁶ Pero afortunadamente ni este es el espacio de la Persia, ni estos son los tiempos de Plutarco, en donde la ley era la reina de todos, de mortales e inmortales, según decía el mismo biógrafo y ensayista griego. En la cita que lleva a la nota 31 (p.11) se dejó clara la importancia del sometimiento al imperio de la ley, sin embargo, ello no debe llevar a la deificación de la ley (en ese error está la causa de muchos males de sociedades modernas y antiguas), la ley, como creación e instrumento humano, es sujeto de error y objeto de intereses (y no siempre los mejores o los más convenientes para las sociedades que pagan los salarios a los congresistas), recuérdense esas sabias palabras de Rousseau cuando decía: “[...] *la ley considera a los súbditos en tanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares.*”³⁷

Finalmente sobre este punto, tal vez sea acertado afirmar (para tranquilizar a los positivistas más consagrados) que la jurisprudencia Constitucional es, de cierto modo, una forma de codificación del derecho y que una de sus principales diferencias con la ley formal consiste en que la de la jurisprudencia es una “*codificación argumentativa*”, mientras que la codificación de la ley es una “*codificación articular y meramente enunciativa*”.

VI. La diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia constitucional para la determinación de la misma como fuente de derecho

Si a pesar del cambio de paradigmas que en materia jurídica significó la Constitución de 1991, aún a 2011 (año en que se profiere la citada sentencia C-634), había profesionales del derecho en Colombia que se negaban a reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no era tanto por la solidez de sus argumentos en tal sentido, sino por el error que hasta entonces se había tenido en el análisis y el modo de abordar el problema jurídico. Dicho error se basaba fundamentalmente en aceptar implícitamente como válida, **o más exactamente, como “suficiente”** (ya que sí era válida) cierta premisa en esa discusión, esto era: considerar que para la superación de esta discusión jurídica era suficiente con determinar si la jurisprudencia era o no ley (puesto que la ley sí era y es reconocida, entre otras, como fuente formal de derecho en el ordenamiento interno). Frecuentemente muchos de quienes se oponían a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho, lo hacían en el entendido³⁸ de que la jurisprudencia no era ley, por cuanto no emanaba del congreso. En ello tenían razón, era inobjetable, su argumento era

³⁶ MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 51.

³⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Ediciones Altaya. 1993. p. 37.

³⁸ Inicialmente puede verse como un entendido, pero se demostrará, en este mismo artículo, que realmente no era otra cosa que un grave malentendido desde el punto de vista analítico.

sólido y perfecto como una esfera de acero, sin embargo, se equivocaban enormemente al basarse única o fundamentalmente en ese argumento, pues no consideraban un elemento necesario y fundamental que debía tenerse en cuenta en el análisis del problema: la diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia Constitucional para la determinación de esa misma jurisprudencia como fuente de derecho, esto es: que en un análisis adecuado del problema de fondo aquí analizado, como es (era) el no reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho por parte de algunos operadores jurídicos y doctrinantes, debían tenerse en cuenta (y determinarse), dos elementos compositivos de la jurisprudencia Constitucional a saber:

- 1) La jurisprudencia Constitucional como ley en sentido estricto, y
- 2) La jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional.

1. La jurisprudencia constitucional como ley en sentido estricto:

Es innegable, por la razón ya expuesta (el origen no legislativo), que en sentido estricto la jurisprudencia Constitucional no es ley. Este es el elemento *derivativo* de la diferenciación aquí propuesta. Al no “derivar” del Congreso la jurisprudencia constitucional, no es ley *en sentido estricto*. Sin embargo, esto que parece tan evidente, y que podría considerarse fuera de toda discusión, admite discusión y obliga a un análisis en aras del rigor académico: había un yerro de parte de quienes sostenían explícitamente o inferían implícitamente que ley es solo lo que emana del congreso, y por esa vía pretendían desconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, si se parte del principio aceptado³⁹ según el cual la

³⁹ Y aquí aplica perfectamente el principio “*Consensus gentium*” o “*Consensus ómnium*” según el cual “*aquello en que todos están de acuerdo, aquello que es admitido por todos, se declara verdad*” (Tomado de: Rosental, M.M. e Iudin, P.F. [Directores]. Diccionario filosófico [Sin pie de imprenta]. p. 494). Nota: en parte este principio admite algunos reparos, y para poner un ejemplo de su eventual inconveniencia (O inconsistencia, en términos científicos) se hará una *Reductio ad absurdum* (pero basada en datos históricos reales): como es sabido, durante la edad media eran muy frecuentes las *ordalías*; eran juicios en donde se esperaba la intervención divina en favor de los condenados; la inmensa mayoría de la gente (y teniendo en cuenta la idiosincrasia de la época es muy probable que hasta los mismos “jueces” y tribunales creyeran en ello) pensaba que si el condenado era inocente, la divinidad actuaría en su favor y los salvaría, por ejemplo, de la hoguera. No se sabe de casos documentados de personas a quienes la divinidad hubiera “salvado” de sus condenas (A lo sumo les salvaría el alma, pero no el pellejo) ¿Podría afirmarse entonces objetivamente y por ello que todos esos condenados a quienes la divinidad no “salvó” eran culpables de aquello que se les imputaba?... (Téngase en cuenta que relativamente hablando “todo el mundo” [por decirlo de algún modo] creía en que si eran culpables perecerían en el tormento). Como se aprecia, el principio “*Consensus gentium*” concurriría a afirmar que los condenados que no fueron salvados por la divinidad eran sin duda culpables, puesto que esa era la creencia de la enorme mayoría. Muy probablemente el principio “*Consensus gentium*” guarda cierto parentesco (¿Acaso en primer grado?) con la tesis de Goebbels (Jefe de propaganda del partido Nazi) según la cual “una mentira repetida mil veces termina convirtiéndose en una verdad”. Pues la verdad es que científicamente hablando, algo no es cierto por el solo hecho de que todo el mundo crea en ello (principio “*Consensus gentium*”), ni tampoco por el hecho de que se pregone mil veces como verdad, aún a sabiendas de que es una mentira (Goebbels). Aplicada en esta nota, como se acaba de hacer, la técnica del **falsacionismo** (v., de Karl R. Popper, su obra “*Logik der Forschung*” [varias ediciones]), se pasa a exponer brevemente porqué en este caso es válido aplicar el principio “*Consensus gentium*”: se considera que es aceptable apelar en este caso al principio “*Consensus gentium*”, pues téngase en cuenta que el mismo aquí no se está aplicando a “todo el mundo” a las creencias de la opinión pública en general (y menos aún durante el oscurantismo de la edad media, como en el ejemplo), sino a una comunidad científica (expertos y estudiosos del derecho) en la

Constitución es “ley de leyes”, según lo afirman (Con indudable acierto) muchos juristas (de donde deriva el principio de “*supremacía constitucional*” que la Constitución colombiana ha consignado en su artículo 4). Es claro entonces que la Constitución es ley, y por ello no se explica cómo lo que el intérprete autorizado de la Constitución (el Tribunal Constitucional) dice de ella, es decir, la jurisprudencia, no tiene un mínimo de esa característica al menos indirectamente... negar el recurso de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho era, en el fondo, asumir ese raciocinio, el de que dicha jurisprudencia no tiene características de ley en lo más mínimo. Llegados a este punto, vale la pena discutir el concepto de “Ley” que da el Código Civil: “*ARTICULO 4º: 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 o castigar.*” ¿Reúne la jurisprudencia Constitucional algunos atributos que se predicán de la ley? sin lugar a dudas sí: la jurisprudencia Constitucional también es una “*declaración de la voluntad soberana*”, no solo por el origen del Tribunal que la emite, sino también por el rango Constitucional que ostenta dicho tribunal, no se olvide además esa frase (hermosa para quienes saben valorar la importancia y la conveniencia del sistema republicano frente a, por ejemplo, el sistema monárquico) con que el Tribunal encabeza sus fallos y que recuerda que cuando este tribunal administra justicia lo hace “*en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución*”; de otra parte, de la jurisprudencia Constitucional también podemos predicar esto mismo que se dice de la ley: manda, prohíbe, permite o sanciona.

Se concluye entonces que ley no es solo lo que emana del congreso, que la voluntad emanada de la *volonté générale*, como es el caso de la Constitución, también es ley. Queda así demostrado que la palabra ley no tiene un significado unívoco, lo cual era fundamental tener en cuenta en el momento de descalificar a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho con base en el supuesto de que la jurisprudencia no era ley.

2. La jurisprudencia constitucional como ley en sentido funcional:

Con este enunciado se quiere resaltar una característica inherente a la jurisprudencia Constitucional y evidente en ella, característica explícita en el enunciado mismo, y que se considera es imprescindible tener en cuenta para un correcto análisis del problema por constituir un *Argumentum ad rem*, es decir, una “*Argumentación basada en las auténticas circunstancias del asunto*”.⁴⁰ Esto significa que la jurisprudencia Constitucional, en sentido funcional sí es ley. En cuanto a esto, a la jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional, es a todas luces inobjetable (exactamente tan inobjetable como que no es ley en sentido estricto)⁴¹ para ello se presenta como prueba reina el hecho de que en la práctica y en todos los casos (ya sea una decisión de efectos *inter partes*⁴² o de efectos *erga omnes*)

llamada “era del conocimiento” que previamente han consensuado *la supremacía de la Constitución* (Es decir: la Constitución como “Ley de leyes”).

⁴⁰ ROSENTAL, M.M. e Iudin, P.F. *Op. Cit.*, pág. 493.

⁴¹ Ello sin olvidar la objeción que se hizo acerca de que ley no es solo lo que emana del congreso.

⁴² Pero es importante tener en cuenta que aún en los fallos de efectos inter partes, si bien se discute un caso particular, también es cierto que dicha discusión tiene como base y fundamento principios y valores de interés general, como lo son los consagrados en la Constitución Política “*dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales.*”

la jurisprudencia Constitucional tiene **fuerza de ley**, puesto que es vinculante y reviste, en muchos casos, de obligatoriedad para los jueces en sus decisiones. Esto dice el tribunal Constitucional a cerca de su actividad interpretativa manifestada en su jurisprudencia: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones.”⁴³ Pero la fuerza de ley de la jurisprudencia Constitucional no solo se expresa por su carácter vinculante, sino también por tener muchas veces efectos *erga omnes* para los administrados, muy conforme esto, lo de los efectos *erga omnes*, con el carácter “general” de la ley. Es por esta incontestable **fuerza de ley** de la jurisprudencia Constitucional, por lo que en el presente trabajo se habla de “la jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional”. Esa fuerza de ley de esta jurisprudencia está clara y plenamente definida por la misma Constitución en su artículo 243:

Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Por la obligatoriedad y la fuerza vinculante de la jurisprudencia Constitucional, emanada de este artículo y del espíritu mismo de la Constitución, esta jurisprudencia no solo es ley en sentido funcional, sino que además se sitúa ontológicamente por encima de la ley ordinaria, por esta vía, y de esta forma, se materializa el principio consignado en el artículo 4 de la Constitución según el cual ella (la Constitución) “es norma de normas” (“ley de leyes”, dicen con indudable acierto muchos juristas). Este principio (La Constitución como “Norma de normas”), y el enunciado que sigue en ese mismo artículo 4 Constitucional “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*” dan la razón a los doctrinantes que definen (y defienden) a la Constitución como “Ley de leyes”, postura que aquí se comparte y también se defiende. Con esto se hace evidente una situación casi absurda por parte de quienes argumentaban que la jurisprudencia constitucional no podía tenerse como fuente de derecho por cuanto no era ley... acéptese que parcialmente tenían razón: la jurisprudencia Constitucional no es ley ordinaria... ¡Pero es una ley de rango superior a la ley ordinaria! ¿Por qué? ¿Cómo?, el asunto es evidente tanto *an sich* (en sí, en sí mismo),⁴⁴ desde el punto de vista del sistema jurídico colombiano y también desde la mera lógica:

Si la Constitución es “ley de leyes” ^ lo que dice la Corte Constitucional es la Constitución → la jurisprudencia constitucional es ley de leyes⁴⁵

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

⁴⁴ Concepto del filósofo racionalista y matemático alemán Christian von Wolff (1679-1754). Este concepto fue retomado por el también filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804), para hablar de “la cosa en sí”.

⁴⁵ Se lee (se pone aquí en cursiva y negrilla los conectores lógicos usados en “la fórmula” [*supra*]): “Si la Constitución es ‘ley de leyes’ y lo que dice la honorable Corte Constitucional es la Constitución, **entonces** la jurisprudencia constitucional es ley de leyes”.

Un tercer elemento por el cual la jurisprudencia Constitucional es ley, funcionalmente hablando, está en el asunto de la cosa juzgada: lo que el juez decide con base en la ley ordinaria, surtido el debido proceso, hace tránsito a cosa juzgada, lo mismo ocurre con el uso y aplicación de la jurisprudencia en sede judicial.

De este modo, por parte de los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no hubo un correcto análisis entre lo precedente (la jurisprudencia como ley en sentido funcional) y lo consecuente (el uso de la jurisprudencia como fuente formal de derecho por parte de algunos jueces), asunto este que motivó su negación a reconocer dicha jurisprudencia como fuente formal de derecho.

Se hace evidente que en la dificultad de algunos doctrinantes actuales de superar la doctrina clásica (y obsoleta) en cuanto a las fuentes formales del derecho, media una razón atávica, antes que un fundamento epistemológico. Obsoleta no tanto por *anticuada*, pues no parece responsable, ni ajustado al rigor intelectual rebatir una corriente de pensamiento con ese solo “argumento” (en el caso de que se le pudiera llamar “argumento” a tal equivocación), aquí el adjetivo de “obsoleta” para esa doctrina que a pesar del innegable cambio de las circunstancias se negaba a reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, se sustenta en esta parte concreta de la definición de esa palabra (“anticuado”) que al respecto da el Diccionario de la Academia Española de la Lengua: “*inadecuado a las circunstancias actuales*”.

Queda así claro en los párrafos precedentes, que frecuentemente, y por diversos aspectos, la jurisprudencia se nos presenta como norma jurídica, pues nadie puede negar que la jurisprudencia tiene autoridad normativa, así no se nos presente en el modo articular de un código. Queda establecido entonces que la jurisprudencia se enmarca dentro del supuesto *nominativo* de “norma”.⁴⁶

A propósito del *Argumentum ad rem*, que se presentó [*supra*], por ello mismo, *contrario sensu*, se puede afirmar válidamente que la argumentación de los respetables detractores de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho era equivocada por cuanto no era una “*Argumentación basada en las auténticas circunstancias del asunto*”⁴⁷ dado que en muchos casos se limitaba simplemente a determinar que por su elemento derivativo la jurisprudencia constitucional no era ley (ley en sentido estricto),⁴⁸ pero omitían el elemento *funcional* de esa misma jurisprudencia como ley, y no hacían la diferenciación entre uno y otro elemento (el derivativo y el funcional). Sin esa necesaria diferenciación su

⁴⁶ *Nota bene*: desde el punto de vista gramatical (en cuanto a la gramática *vigente*, se aclara, puesto que el idioma es vivo), la palabra “nominativo” (*supra*) es sin duda incorrecta para el *texto*, pues no se ajusta a ninguna de las tres acepciones que de ésta palabra da el DRAE, sin embargo su empleo en el *contexto* tiene como propósito la adjetivación del verbo transitivo “Nominar”, que significa dar nombre a alguien o a algo. En consecuencia, en la frase: “*la jurisprudencia se enmarca dentro del supuesto nominativo de norma*” se ha querido expresar que a la jurisprudencia también se le puede dar el nombre de norma. Podría creerse que con esta palabra (“nominativo”) se incurrió en un abuso lingüístico, sin embargo se aclaran dos cosas: pareciera que no existe una palabra para describir la situación abordada, y de otra parte, para la construcción del nuevo vocablo se tuvo en cuenta la regla subyacente (¿Procedimiento de “derivación”?) entre las palabras “derivar” y “derivativo” (ambas son palabras castizas)... bien dice el escritor Sairayú: “*El escritor se somete al oficio del lenguaje, pero de vez en cuando también somete al lenguaje*”... de todas formas se presentan sinceras excusas a los gramáticos y a los lectores por la licencia lingüística en la que aquí se incurrió.

⁴⁷ Rosental, M.M. e Iudin, P.F. *Op. Cit.* p. 493 (Definición de *Argumentum ad rem*).

⁴⁸ En sentido estricto se aclara aquí, pues ellos ni siquiera hacían esa diferenciación.

argumentación erraba en el análisis del problema, por cuanto no reunía los criterios mínimos de razonabilidad. Dicho ejercicio argumentativo además de poner, eventualmente, en condición de desprotección a los ciudadanos en lo referente a sus derechos fundamentales (cuando estos se hallaban explícita o implícitamente involucrados en el litigio y su amparo dependía de que el juez se acogiera a la jurisprudencia Constitucional como si fuera fuente de derecho), también ponía en situación de inoperancia o de ineffectividad los principios y valores constitucionales, o cuando menos limitaba su contenido y alcance.

Con estos argumentos (sobre todo el de la prueba reina que demuestra la *fuerza de ley* de la jurisprudencia Constitucional y con ello prueba la naturaleza de la jurisprudencia Constitucional como ley de sentido funcional) se da por terminada esta parte de la discusión.

VII. Conclusiones:

Quizá lo primero que hay que decir a modo de conclusión es que el Tribunal Constitucional, con su afortunada decisión, avaló una práctica que resultaba imperativa para la buena administración de justicia. La sentencia C-634/11 no solo reconoce a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, sino que además incide en la jerarquía del sistema de fuentes, al menos en lo que respecta a ésta jurisprudencia frente a otras normas como la ley o todas aquellas con fuerza de ley. En el anterior estado de cosas, al no poder recurrir los jueces a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho para resolver los casos idénticos en donde había similitud entre los elementos de hecho y de derecho, ello llevaba a una distinción injustificada en la administración de justicia, violando el principio de igualdad de la Constitución y el derecho a la igualdad en los administrados.⁴⁹ Pero además de esto, el no acogimiento de la jurisprudencia Constitucional por parte de algunos jueces, cuando a ello había lugar, era impropio por cuanto es antijurídico apartarse de la cosa juzgada constitucional.

En la práctica la jurisprudencia es también génesis del derecho, por ello *de facto* era fuente para algunos jueces, así no se le hubiera reconocido como tal por el mismo derecho (Reconocimiento *de iure*). Ahora, respecto de éste punto concreto se hará la siguiente aclaración-comentario luego de una muy breve introducción: Bobbio plantea una acertada clasificación de las normas en dos categorías principales: “normas de conducta” y “normas de estructura”; las primeras son las que se refieren a los derechos y deberes de las personas (de ellas deriva el llamado “derecho subjetivo”); las segundas, como su nombre lo indica, se refieren a la estructura del sistema jurídico, a su composición y organización. Mal podía el ordenamiento jurídico desconocer o afectar negativamente el derecho subjetivo de los administrados⁵⁰ por el solo hecho de que ese mismo ordenamiento jurídico había incurrido en grave error al no prever la “*norma de estructura*” que reconociera a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, norma que vendría a ser el reconocimiento *de iure*

⁴⁹ Por tan contundentes razones, muchos abogados y jueces celebraron, aún desde su sosegado silencio (incluido el autor del presente artículo), la decisión de la Corte Constitucional.

⁵⁰ Esto podía darse porque algunos jueces se sentían imposibilitados para recurrir a la jurisprudencia Constitucional para fundar sus decisiones con miras a la garantía de derechos que sí habían sido reconocidos vía jurisprudencial.

anteriormente mencionado. Tal vez (y en el mismo sentido de lo que orgánicamente significa esta decisión) sea válido afirmar que con la Sentencia C-634/11 el Tribunal Constitucional de Colombia aportó la “*regla de reconocimiento*” para el tema en cuestión; recordemos que la regla de reconocimiento lo es “*en tanto suministra los criterios de validez*”.⁵¹ La decisión del tribunal Constitucional nos confirmó que el derecho vigente es más vasto y rico que el derecho positivo. Razón tenía Robert Alexy cuando afirmaba que la ciencia del derecho, tal y como es practicada en estos tiempos modernos, es ante todo una disciplina práctica... y como dijo acertadamente el tribunal Constitucional: “*En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.*”⁵²

Era más que injusto que un problema, que era del resorte del sistema jurídico como ente y como estructura, hubiera terminado responsabilizando de la debacle de la falla (la ausencia de *norma de estructura* reconociendo a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho) a los operadores jurídicos y en concreto a los jueces (Las críticas al respecto eran evidentes contra los jueces que se negaban a seguir el canon ortodoxo de las fuentes; esto en parte era comprensible, pues como decía Montesquieu “[...] *los pueblos están muy apegados a sus costumbres; quitárselas violentamente es hacerles desdichados*”⁵³). Hay que anotar además, que a parte de la valentía con que un puñado de jueces afrontaron el problema al usar la jurisprudencia como fuente de derecho cuando esta (por error) no había sido reconocida en la Constitución, los jueces estaban legalmente obligados a hacerlo... habrá qué buscarle un nombre adecuado a esta “extraña” paradoja (en parte esa es una característica de las paradojas, ser fenómenos extraños, raros en cuanto a su naturaleza, no en cuanto a su ocurrencia) en donde de un lado se pretendía obligar a los operadores jurídicos a ver *fundamentalmente* en la ley su principal fuente de derecho, y de otro lado se les obliga a decidir aún en presencia de vacíos, lagunas o falta de claridad en la normatividad. Respecto a esto, recordemos el **artículo 48** de la **ley 153 de 1887** que dice: “*los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia*”... ¡sí! de lo que se trata esto es, nada más ni nada menos que de la “**denegación de justicia**”. Ahora, respecto a este error de la no contemplación en la Constitución Política de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho es excusable tanto en la Constitución como en la ley, pues “*en las sociedades contemporáneas, merced [a] la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles.*”⁵⁴ Por esta razón anotada anteriormente (que se puede resumir como la no infalibilidad del sistema jurídico); por el factor dinámico de las sociedades (lo que debería obligar al derecho a transformarse, pero que en el caso en comento no había ocurrido) y por el factor de visión holística que debe tenerse del sistema jurídico, a muchos abogados y juristas les parecía realmente absurdas las objeciones de quienes se oponían a que los jueces usaran como fuente formal de derecho a la jurisprudencia Constitucional. Esa tesis según la cual la jurisprudencia Constitucional no podía ser considerada fuente formal del derecho,

⁵¹ Rodríguez. *Op. cit.* p.27.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

⁵³ MONTESQUIEU. *Op. Cit.* p. 257.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

constituía una **distorsión** del sistema jurídico como elemento epistemológico, y una **perturbación** del derecho como elemento ontológico, lo que traía como consecuencia, entre otras cosas, un incorrecto funcionamiento del sistema jurídico colombiano (que además lo alejaba de estándares internacionales en materia de protección de DD.FF), y un indudable estancamiento de la actividad jurídica como fenómeno “científico” de indudable e importante impacto social; todo esto por un obseso apego al viejo concepto de “ley”. Ese apego rayaba con la *ridiculez*: la crítica no es exagerada si se tiene en cuenta que lo que había de fondo en esa posición teórica era un desconocimiento de los nuevos paradigmas Constitucionales, en otras palabras, es como si muchos de los respetables contradictores no se hubieran enterado de que la Constitución de 1886 había sido derogada. Era claro que la sola determinación (por su factor derivativo) de si la jurisprudencia era o no ley (para entonces ser aceptada o rechazada como fuente formal de derecho) no era, de ningún modo elemento dirimente de la situación o del problema jurídico acusado

Finalmente, no debían los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho basarse en esa parte de la verdad según la cual la jurisprudencia Constitucional no era *ley en sentido estricto*, para negar, en contra de la realidad jurídica y fáctica, esta otra parte de la verdad: que la jurisprudencia Constitucional era y es *ley en sentido funcional*. Así, basarse (como se hacía) en una parte de la verdad, para desconocer esta otra parte de la verdad, no era otra cosa que una verdad a medias, y como dice el escritor Sairayú: “*Una verdad a medias es una completa mentira*”.

BIBLIOGRAFÍA.

- BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá. Editorial Temis 1987.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634/11 (24, agosto, 2011). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Penal. Sentencia (4, junio, 2002) M.P. Dr. Carlos Mejía Escobar.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia (6, julio, 1991).
- DICCIONARIO DE la Real Academia Española de la Lengua (DRAE). [CD].
- FONSECA Ramos, Marco. «Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución». En: Revista De Derecho [*Online*], Universidad del Norte [Colombia]. Número 1, 1992, pp. 32-45.
- GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México. Edit. Porrúa. 32 ed. [*s.f.*]. ISBN 968-432-176-7.
- MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Traducido por: Mercedes Blázquez y Virgilio Ortega. Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984. T. I.
- OSPINA, William. «La mosca de cuatro patas». En: Utopía del habitar urbano: diez estrategias para el control social de la gestión pública [VV.AA]. Veeduría Distrital de Bogotá. 1996, pp. 404-406.
- RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. 4ª reimpresión. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002. 191p. (Colección Nuevo Pensamiento Jurídico). ISBN 598-665-004-9.
- ROSENTAL, M.M. e Iudin, P.F. [Directores]. Diccionario filosófico [*Sin pie de imprenta, sin ISBN*]. 498 p. (Nota: portada amarilla con letras negras, aproximadamente 12cm x 17cm [físico], 10cm x 14cm [impreso]).
- WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Traducción Jorge F. Malem Seña, Blanca Ribera de Madariaga [de la actualización]. 10ª edición. Bogotá: Editorial Planeta, marzo de 2009.