

**LA IDEOLOGIA INCONSTITUCIONAL DEL MAGISTRADO
SIERRA PORTO (REPLICAS A SU OBRA *CONCEPTO Y TIPOS DE
LEY EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA**)****

por Luís Alfonso Botero Chica y Sergio Iván Estrada Vélez

INTRODUCCIÓN

Una de las responsabilidades de la academia es procurar por el fortalecimiento de la dialéctica como condición necesaria para la cimentación de una cultura jurídica, máxime cuando la ausencia de debate se traduce en actitudes pasivas frente a las infracciones a la filosofía del Estado social de derecho. Un debate caracterizado por la tolerancia, el respeto y la responsabilidad, que permita la medición de la tensión de los argumentos y determine los más coherentes con el contexto de surgimiento y aplicación del derecho, se erige en condición mínima para una plena adopción y desarrollo del paradigma político adoptado con la Constitución Nacional de 1991.

El acto de designación del Doctor Humberto Sierra Porto como nuevo magistrado de la Corte Constitucional, no puede ser analizado como un fenómeno de medición de fuerzas políticas del ejecutivo en el congreso. Se debe extender al estudio de su concepción del derecho para determinar la pertinencia de su nombramiento como responsable de la guarda y primacía de la Constitución. Con este propósito, se pretende la realización de algunos comentarios a su obra *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana*, para demostrar desde lo allí expresado, la concepción ideológico-jurídica

* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.

** Recibido el 12 de noviembre de 2004. Publicado el 5 de febrero de 2005.

*** Luis Alfonso Botero Chica es Magíster en derecho procesal. Profesor de la Universidad de Medellín. labotch@hotmail.com Sergio Estrada Vélez es Especialista en Derecho constitucional Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. siestrada@udem.edu.co

del nuevo magistrado y su correspondencia o no con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Tres son los tópicos que configuran el centro de esta exposición: el desarrollo que hace el autor de los temas de primacía constitucional, las fuentes del derecho y el bloque de constitucionalidad; los que serán argumentados con auxilio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en virtud de su importante valor normativo con el objeto de procurar la demostración objetiva de la divergencia irreconciliable entre ambas posiciones.

I. PRIMACIA CONSTITUCIONAL: LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El cambio de la idea de constitución como derrotero político al reconocimiento de su carácter jurídico como norma de normas, aparejada al principio de la eficacia directa de la misma, se erige en una de las conquistas más importantes de la Teoría Constitucional acorde con el surgimiento del Estado moderno¹. La Constitución, además de ser un contrato social (fenómeno político), contiene los valores y principios que deben direccionar la estructura y desarrollo de las actividades del Estado (fase axiológica), y simultáneamente, se erige en norma de normas (fenómeno jurídico), salvaguardando esta condición con el artículo cuarto contentivo de la primacía constitucional, imponiendo que en todo caso de incompatibilidad de la ley con la Constitución, deberá primar esta, otorgando al operador no solo jurisdiccional sino administrativo y, aún a los particulares, el

¹ Sobre la fuerza vinculante de la constitución y su aplicación directa resulta de importancia la lectura del texto del profesor Ricardo Comanducci La "Constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en el cual describe las características del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico: la existencia de una constitución rígida, la garantía constitucional, la fuerza vinculante de la constitución, la sobreinterpretación de la norma constitucional, la aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación de la ley conforme a la constitución y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. *Neoconstitucionalismo(s)*, CARBONELL, Miguel (comp.). Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

deber de inaplicar cualquier norma jurídica cuando infrinja la Constitución, facultad-deber que dio lugar a la denominada excepción de inconstitucionalidad o inaplicabilidad como principal aporte del constitucionalismo norteamericano a la teoría del control constitucional, con su antecedente histórico en el caso *Madison Vs. Marbury*, de 1803.

El deber de inaplicar la norma a los casos específicos dejó entrever la necesidad de un modelo de control de constitucionalidad mixto: a la par de un órgano que concentra la función de velar por la primacía e integridad de la Constitución, cada operador jurisdiccional y funcionario administrativo, asume la responsabilidad, en ejercicio del principio de la eficacia directa de la norma de procurar la primacía de la Constitución, en, tal como lo señala su artículo cuarto, "todo caso".

La facultad otorgada al juez de inaplicar una norma de carácter infraconstitucional cuando sus efectos resultan lesivos del orden constitucional, ha sido objeto de críticas, mencionadas y compartidas por el Dr. Sierra Porto de la siguiente manera: infracción a la presunción de validez de la ley, violación a los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad. Señala el Dr. Sierra Porto: "el control de constitucionalidad de las leyes por vía de excepción no tiene fundamento constitucional, ya que se trata de una equivocada y desafortunada interpretación del artículo 4º constitucional (pág. 219)... En la actualidad, la fiebre constitucionalista desatada a partir de la expedición de la Constitución de 1991, originada de manera principal por el establecimiento de la acción de tutela y la modificación parcial de la forma de acceso a los órganos judiciales, pone de manifiesto, más que las dudas los problemas que acarrearía una utilización generalizada de la excepción de inconstitucionalidad que se resumen en el riesgo que supondría para la estabilidad del

sistema jurídico...La posibilidad de que los jueces y tribunales utilicen la figura de la excepción de inconstitucionalidad, esto es, la vigencia en el ordenamiento colombiano de un sistema difuso de control de constitucionalidad en el que cualquier juez esté facultado para inaplicar las leyes que considere contrarias a la Constitución supone, en nuestra opinión, unas consecuencias negativas de gran entidad para la consistencia y vertebración del ordenamiento jurídico, en la medida en que se infringen las normas constitucionales que fundamentan la presunción de validez de la ley, se atenta contra el correcto entendimiento del principio de legalidad, implica una quiebra importante del principio de seguridad que postula el Estado de derecho y, por su carácter disperso, es una grave amenaza al principio de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley" (pág. 221).

Se debe advertir desde ahora una de las más infortunadas prácticas de quien pretende realizar una labor analítica: criticar el objeto o la institución por el mal empleo que se haga de la misma, confundiendo sus virtudes con los defectos derivados de una errada operatividad, las cualidades del objeto con los defectos de la metodología para su aplicación.

Serán los contrargumentos los que determinen la validez de las afirmaciones del Dr. Sierra Porto o, a juicio del lector, el fracaso de aquellos.

a. Presunción de validez: Señala que la aplicación estricta del principio de presunción de validez significa una coherente interpretación del principio democrático y del superior valor normativo de la Constitución. Señala "si existe una presunción de constitucionalidad, de validez de las normas superiores, de la ley entre éstas, no puede existir, por

contradictorio, un mecanismo que faculte a todos los jueces u operadores jurídicos a enjuiciar la norma legal y eventualmente a desconocerla" (pág. 222). "No parece muy racional que en un sistema constitucional en el que se concede a la institución representativo-legislativa y, ante todo y sobre todo, en un sistema constitucional que instaura un órgano (la Corte Constitucional) que tiene por objeto principal el control de constitucionalidad, los jueces *dominen* la ley" (pág. 223).

El autor mezcla dos ámbitos de discusión diferentes pero necesariamente complementarios: un discurso teórico con uno práctico. Imposible objetar la importancia de la presunción de validez de la ley, pero se debe tener en cuenta la superación de la idea de la existencia de un legislador omnisciente, con capacidad de prever todos los casos para los que se requiere una ley. El derecho es un fenómeno cultural, es dinámico y debe ir a la par del desarrollo de las relaciones sociales, pero son más veloces estas que aquel. Es una ficción afirmar que el legislador tiene la capacidad de determinar los eventos en que su ley puede arrojar resultados ajenos a su intención o a los fines del ordenamiento². Toda ley posee lo que Hart denomina una textura abierta donde es el juez quien debe corregir o complementar la misma³. Adviértase que la ley es igualmente manifestación de un órgano político y no puede escapar a los controles que busca imponer la racionalidad del derecho. La Corte Constitucional, sobre el particular ha señalado que:

² Se debe recordar que la excepción de inconstitucionalidad no altera la validez de la ley sino que atiende exclusivamente a los efectos de la misma en un caso específico.

³ Frente a la idea de textura abierta, señala H.L.A. Hart "La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso". El concepto de derecho. Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 168.

“La interpretación de las normas de la Carta debe estar orientada por un criterio de razonabilidad, por cuanto las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. Esto significa entonces que no puede el intérprete constitucional atenerse al tenor literal de una norma cuando éste produce consecuencias absurdas. Las normas constitucionales relativas al trámite legislativo nunca deben interpretarse en el sentido de que su función sea la de entorpecer e impedir la expedición de leyes, o dificultar la libre discusión democrática en el seno de las corporaciones representativas, pues ello equivaldría a desconocer la primacía de lo sustancial sobre lo procedimental” (Sentencia C-055-95, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

b. El principio de legalidad. De acuerdo al autor, el principio de legalidad indica que la ley (por debajo de la constitución) es “el fundamento de validez de las demás categorías normativas. Señala que la excepción de inconstitucionalidad es incompatible con el artículo 230 de la Constitución que establece la “sumisión de los jueces a la ley, al imperio de la ley, en la medida en que supone la posibilidad de inaplicar las leyes que considere inconstitucionales. El sometimiento al imperio de la ley...impone el acatamiento de las disposiciones legales, independientemente de que el juez las considere ajustadas a la Constitución o no” (pág. 224).

El autor, como muchos otros, asume un concepto de imperio de la ley ajeno a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-486 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: *“Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución,*

norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitándolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94)...El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" y "orden jurídico." (subrayas extratexto).

Si se ha de hablar de ley en sentido material, la categoría material, debe reflejar un significado coherente con el significante. No es solo la ley producida por un órgano diferente al congreso, sino toda norma jurídica independientemente del órgano de creación, aún, sin que haya intervenido alguno, v. gr. la costumbre, los principios jurídicos, los derechos inherentes a la persona y las normas creadas por los particulares en ejercicio de la autonomía de la voluntad. El imperio de la ley se debe entender como el imperio del derecho donde el juez debe inaplicar la ley formal cuando esta no es coherente con el derecho.

c. La seguridad jurídica. Señala que es un principio inherente al Estado de derecho y que los ciudadanos perderían certeza de la aplicación de los preceptos legales. Olvida el autor el contexto de aplicación del concepto de seguridad jurídica y pretende en un Estado social de derecho asignarle a la seguridad jurídica el sentido propio al ambiente determinado por el Estado liberal de derecho. Se ha insistido que el cambio político apareja necesariamente una transformación de los conceptos jurídicos, siendo claro ejemplo la seguridad jurídica, que no ha perdido su valor sino que se ha transformado: del imperio de la ley al imperio del derecho, de la racionalidad a la razonabilidad, de la certeza de las decisiones a la justicia de las mismas, de la aplicación de la ley a la aplicación de principios. Luego, no es posible seguir manteniendo una concepción decimonónica de seguridad jurídica sino fértil y coherente con el Estado constitucional de derecho⁴. Atacar la excepción de

⁴ Sobre el contenido de la seguridad jurídica se recomienda los textos: Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho, RECASENS Siches, Luis, 3ª ed. Mexico: Porrúa 1980 p. 192 y s.s.; PECES-BARBA, Martínez Gregorio, Derecho y Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 261-279; PEREZ Luño, Antonio. La seguridad jurídica, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994; ESTRADA VELEZ, Sergio, Seguridad jurídica y discrecionalidad. En temas de

inconstitucionalidad por violar la seguridad jurídica es negar el contexto teórico suministrado por el estado social de derecho. La Corte Constitucional evidencia el carácter adjetivo de la seguridad jurídica al establecer dicho valor como condición de la justicia. Señala *"La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las relaciones de derecho público o privado, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos. Lo anterior sería desconocer el deber del Estado de proteger la vida, honra, bienes, derechos y creencias de los asociados, así como la obligación de toda persona y de todo ciudadano colombiano de respetar los derechos ajenos, de obrar conforme al principio de seguridad social, de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia"* (Sentencia T-284-94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

filosofía del derecho, comp. BOTERO Bernal, Andrés y ESTRADA Vélez, Sergio. Ed. Universidad de Medellín, 2003, p. 55-77.

Cualquiera sea la idea que se asuma del valor seguridad jurídica, debe tener en cuenta el contexto suministrado por el Estado social de derecho en el cual se procura por “la realización de contenidos axiológicos claramente definidos, entre los cuales se encuentra la dignidad humana, la igualdad material, los derechos inherentes a las personas, etc.” (Sentencia C-022 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

d. Violación al principio de igualdad. Estima que si un juez señala que una norma es válida en un caso y no en otro, se infringe el principio de igualdad. “se trata de que ante un mismo supuesto los jueces pueden optar por prescindir de una o varias leyes por entender que les faculta para ello la Constitución, de tal forma que la desigualdad está en que ante supuestos iguales, o sustancialmente similares, a unos se les juzgaría con unas normas y a otros con otras”(pág. 224). De acuerdo a lo anterior, el autor igualmente descontextualiza su discurso haciendo remembranza de un concepto de igualdad formal propio del estado liberal de derecho, desconociendo que si un juez inaplica una ley no viola la igualdad sino que precisamente reconoce circunstancias especiales entre dos casos similares que exigen un tratamiento diferente, forma de actuar que resulta acorde con el principio de igualdad material en un estado social de derecho.

Sobre la necesidad de atender a una concepción material de la igualdad, la Corte Constitucional señaló. “Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad

concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano. Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, "consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance." (Sentencia C-221 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

La forma en que el Dr Sierra Porto expone el principio de primacía constitucional y las críticas formuladas a la excepción de inconstitucionalidad asumiendo que es un atentado a la presunción de validez de la ley y violación de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica, permite advertir con un mínimo esfuerzo la predicación de argumentos propios del Estado de derecho que no corresponden al contexto suministrado por el Estado social de derecho.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO

Uno de los tópicos más importantes en la estructuración de una dogmática jurídica está constituido por las fuentes del derecho. Por razones que comprenderá el lector, no es posible asumir integralmente en este espacio un estudio detallado del tema, pero ello no es impedimento para formular algunas críticas a la noción asumida por el Dr. Sierra Porto.

En términos de Aulis Aarnio, en su obra *Lo Racional como Razonable* (Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 53) el tema de las fuentes del derecho se constituye en una de las matrices que se deben tener en cuenta para el desarrollo de una dogmática en torno a la teoría general del derecho. No se trata de formular conceptos unívocos sino de construir acuerdos mínimos sobre los cuales se pueda iniciar la discusión. La importancia de estos acuerdos radica en que, en términos de Aarnio, demuestran “el tipo de concepto de derecho y de administración de justicia que existe en una cultura”⁵. Así, una concepción limitativa de fuentes del derecho refleja una idea formal que termina reconociendo en la ley la principal causa de surgimiento del fenómeno jurídico; un criterio abierto o material puede conducir, a contrario, a la negación de la importancia de la legalidad.

Estimamos que el punto de inicio para la construcción de consensos frente al tema de las fuentes del derecho está determinado por el contexto suministrado por el Estado social de derecho que al incorporar contenidos axiológicos al ordenamiento exige la cualificación de los conceptos jurídicos acuñados bajo el Estado de derecho. El problema adquiere mayor interés cuando se determina que la noción de fuentes del derecho no depende solamente del contexto de fundamentación del concepto, esto es, de un criterio objetivo determinado por el Estado social de derecho, sino de la idea que cada operador tenga del derecho. En procura de la superación de los peligros del subjetivismo, se empleará el primer criterio estimado como objetivo en atención a que la realidad que pretende el Estado social de derecho se impone a todos los asociados a este modelo político.

El problema de las fuentes en un Estado social de derecho exige que un criterio reduccionista del concepto de fuente referido solamente a la ley en su sentido formal sea complementado con una idea de su imperio en un sentido material, alterando la fórmula del imperio de la ley por el imperio del derecho, entendiendo por tal el sometimiento del operador a "toda norma vinculante de manera general" (Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero), independientemente del órgano de producción. Así, serán obligatorias todas las normas, no solo las producidas por el órgano legislativo sino por los demás órganos, aún, aquellas que alcancen la entidad de normas jurídicas independientemente de la intermediación de un órgano.

Arribamos así a una teoría material de las fuentes del derecho que otorga la categoría de "jurídico" no solo a las normas producidas por un órgano sino las derivadas de la misma comunidad en forma de

costumbre (también asumida como fuente formal), los principios jurídicos, los derechos inherentes a las personas no reconocidos expresamente por la Constitución Política.

En este sentido, la presencia de fuentes formales y materiales en un Estado social de derecho exige el estudio paralelo o, mejor, concurrente, de ambas ideas. Quien pretenda negar la importancia de la ley en un Estado social de derecho, así como de otras representaciones normativas diferentes a la misma, asume la posición obstinada de quien señala la suficiencia del oxígeno en la configuración de la fórmula química del agua. Este elemento, más que importante, es necesario, pero insuficiente para la obtención del resultado final. Lo mismo ocurre en el derecho, la ley es necesaria, pero no puede ser estimada como el elemento suficiente para la consolidación de los fines propuestos por el Estado social de derecho. Se impone, tal como lo señala el profesor Josep Aguiló Regla, un estudio de las fuentes del derecho desde una perspectiva valorativa. En su libro *Teoría General de las Fuentes del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2000, p.162), advierte tres dimensiones del derecho: la del poder o competencia, la directiva o de reglamentación de conductas y la valorativa o de consagración de valores y principios; dimensiones no excluyentes sino concurrentes, que determinan el marco que se debe tener para abordar el estudio dirigido a la comprensión del problema de las fuentes del derecho. La dimensión valorativa exige hacer alusión al concepto de derecho implícito entendido como "aquellas normas jurídicas que eran un producto de la elaboración racional del Derecho explícito o, lo que es lo mismo, un producto del método jurídico" (p. 144), concluyendo que "no es posible dar cuenta de manera satisfactoria de las norma jurídicas implícitas sino se toma en consideración la dimensión valorativa del derecho" (p. 152).

Con fundamento en estas premisas es posible advertir una concepción formalista del Dr. Sierra Porto cuando explica el lugar de la ley en el sistema de fuentes en los siguientes términos:

“11. Para determinar la posición de la ley, esto es, las relaciones de ésta con la Constitución y las demás fuentes, principalmente el reglamento, ha de acudir al significado y alcance del principio de legalidad y la técnica de las reservas de ley: el principio de legalidad implica reconocer que los demás poderes, en ausencia de disposición constitucional, están sometidos a lo que diga el poder legislativo mediante las leyes, y más en concreto, el principio de legalidad supone la sujeción plena de la Administración a la ley. Esta comprensión de legalidad, como sujeción a las normas legales y no de forma indiscriminada (esto es, sin respetar el orden jerárquico o la distribución constitucional de materias en el caso de la ley) a todo el ordenamiento jurídico, es la que acoge la Constitución colombiana en los artículos 1º, 6º, 121, 123, 133 y 189. Según estas normas, el principio de legalidad consiste en que todos los poderes del Estado deben actuar sometidos a la ley como norma del nivel inmediatamente inferior a la Constitución, por encima y con exclusión de las demás categorías normativas. Se tiene a la ley como la norma primordial del ordenamiento, esto es, la que tiene encomendada, después de la Constitución, la derivación originaria del derecho, de tal modo que la ordenación de las relaciones sociales y la actuación de los demás poderes la tienen a ella por condición.

A nuestro juicio, esto es así hasta tal grado que debe entenderse en el sistema colombiano el principio de legalidad como vinculación positiva, es decir que en todo caso debe existir ley previa para que la Administración pueda ejercer su potestad jurídica” (p. 393. Subrayas extratexto).

En lo transcrito se halla con claridad la idea de fuentes del derecho del Magistrado Sierra Porto: adopta únicamente una dimensión directiva asumiendo el derecho como conjunto de normas que regulan la conducta y limitan la actuación del Ejecutivo, teniendo en la ley la principal fuente de derecho “por encima y con exclusión de las demás fuentes normativas”, sin analizar el tema de las fuentes materiales del derecho entendiendo por tales los hechos generadores de normas jurídicas, así como aquellos elementos representativos de la más clara vinculación del derecho y la moral que configuran el techo axiológico del ordenamiento jurídico: los principios jurídicos.

Explica el problema de la ubicación de la ley en las fuentes del derecho a partir del principio de legalidad entendiendo por tal “la sujeción a las normas legales y no de forma indiscriminada (esto es, sin respetar el orden jerárquico o la distribución constitucional de materias en el caso de la ley) a todo el ordenamiento jurídico”, señalando adicionalmente que es este el sentido del principio de legalidad que refleja los artículos 1, 6, 121, 123, 133 y 189 de la Constitución Política. Esta idea del principio de la legalidad es opuesta a la señalada por la Corte Constitucional en la ya referida sentencia C-486 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, cuando indica que la expresión imperio de la ley contenida en el artículo 230 C.P., debe entenderse imperio del derecho.

La adopción de fuente material es ratificada igualmente por la Corte en la sentencia C-083 de 1995, con ponencia del magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, cuando señala:

“6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas

afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución" (subrayas fuera de texto).

Más reveladores de la incorporación de una noción de fuentes materiales, son los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-836 de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Rodrigo Escobar Gil. Son sus palabras:

"9. El derecho, como instrumento de ordenación social, pretende regular ciertos aspectos de las relaciones humanas, estabilizándolos. Cualquier comunidad política que pretenda organizarse como tal a partir del derecho requiere para tal fin, que sus miembros tengan cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad. En una sociedad altamente compleja como lo es el Estado contemporáneo,

caracterizada por un aumento en la intensidad y en la variedad de la actividad social, el nivel de certeza requerido respecto de la protección social de determinadas conductas es mayor. Nuestra forma de organización político jurídica protege a todas las personas, imponiendo a las autoridades la obligación de garantizar la efectividad de los derechos y deberes (C.P. artículo 2º), a través del derecho, como sistema estable de ordenación social. Sin embargo, en un Estado contemporáneo, establecido como social de derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías jurídicas suficientes" (subrayas extratexto).

Resulta superfluo realizar algún comentario a la importancia de la ley en el sistema de fuentes, pero, tal como se indicó, no es procedente estimarla como la principal y la jerárquicamente superior norma frente a otras del ordenamiento. En nuestro sistema de derecho confluye la cultura anglosajona con su régimen del precedentes judiciales a la par de elementos teóricos propios de una cultura europea que asume en la ley la principal fuente del derecho, lo que impone en nuestro contexto un estudio de las fuentes del derecho que abarque las relaciones normativas entre ambos conceptos sin pretender afirmar la superioridad de la una sobre la otra. Adicionalmente, si la Corte Constitucional funge de legislador negativo en términos kelsenianos y además sus decisiones son obligatorias tal como ocurre en un sistema de precedentes judiciales, sus sentencias adquieren la misma connotación de la ley en el sistema de fuentes.

En síntesis, señalar, como lo hace el autor que la "relación entre las distintas fuentes o categorías normativas se establece tomando como base el principio de jerarquía (pág. 397), donde la ley "es norma superior a las demás fuentes" (pág. 397) no encuentra

correspondencia con el Estado social de derecho que exige un estudio simultáneo de las fuentes formales y materiales del derecho ni con nuestro modelo de control de constitucionalidad que tiene en las sentencias de constitucionalidad, normas de carácter general y abstracto con capacidad de eliminar del ordenamiento la producida por el Congreso en perfecta representación del principio de la división de los poderes públicos.

Como corolario a este primer capítulo, resultan pertinentes las palabras del profesor Luis Prieto Sanchís quien señala “la concepción decimonónica de las fuentes del derecho, que prácticamente se reducía al monopolio y a la omnipotencia del Derecho del Estado expresado a través de la ley, puede considerarse superada... la pluralidad de fuentes representa no sólo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento; unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo”⁶. Nos asiste la duda sobre el que hacer del Magistrado Sierra Porto, como guardián de la primacía e integridad de la Constitución en un Estado social de derecho, cuando su concepción teórica en relación con las fuentes del derecho es propia de un Estado de derecho.

III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Uno de los conceptos más fértiles en la dogmática constitucional es el bloque de constitucionalidad. La idea de bloque se sintetiza en el conjunto de normas que no están en el texto de la Constitución pero que por remisión expresa de la misma o por su

⁶ PRIETO, Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997, págs. 19 y 37.

contenido, se estiman como normas materialmente constitucionales que pueden ser empleadas consecuentemente como parámetros de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento.

El concepto se incorporó al ordenamiento colombiano como solución al conflicto derivado de una interpretación literal entre el artículo cuarto y noventa y tres de la Constitución Política, al señalar el primero el principio de primacía constitucional y el segundo la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno (véase sentencia C-225 de 1995), llegándose a la conclusión que en nuestro derecho interno no existe supraconstitucionalidad de los tratados sobre la misma Constitución Política, sino que ambos forman un bloque de normas con las cuales se debe realizar todo juicio de constitucionalidad.

Una de las consecuencias más importantes de la incorporación del concepto de bloque de constitucionalidad es la cualificación de la dogmática constitucional al exigir un entendimiento amplio de constitución donde ya no se reduce a su texto o constitución formal, sino al conjunto de normas que deben ser estimadas como constitucionales independientemente de su consagración literal o positivización. En otros términos, no se debe entender por constitución un articulado expreso o enunciados jurídicos sino un conjunto de normas que por su contenido adquieren la calidad de normas de normas.

Para la Corte Constitucional, el concepto de bloque se encuentra decantado, siendo representado en la actualidad con dos sentidos: el denominado estricto sensu y lato sensu, siendo el primero el conjunto de enunciados establecidos en la constitución y las normas que por remisión expresa forman parte de su unidad normativa; en sentido lato o amplio, son aquellas normas que en

atención a su calidad jurídica deben ser estimadas jerárquicamente superiores. Entre estas normas que conforman la idea de bloque en sentido amplio se encuentran las leyes orgánicas y algunas estatutarias, así lo ha determinado la Corte Constitucional en la sentencia C-191 de 1998⁷. En este orden de ideas, la noción de bloque representa una superior jerarquía normativa aún entre las mismas leyes expedidas por el órgano legislativo.

Ajeno a esta noción de bloque es la idea formulada por el Dr. Sierra Porto cuando expresa que entre las mismas leyes no existe jerarquía por ser normas procedentes del mismo órgano frente a las cuales la Constitución no señala criterio alguno de prevalencia de unas leyes sobre otras. Son las palabras del Dr. Sierra Porto. "La elaboración de una clasificación de los diversos tipos de leyes debe ser abordada teniendo presente una serie de presupuestos...c) La aplicación del criterio de jerarquía, que se utiliza para resolver las relaciones entre las fuentes citadas –se refiere a la Constitución, a la ley y al reglamento-, no puede aplicarse a las relaciones entre los diversos tipos de ley, porque es una misma fuente en la que todas sus modalidades comparten las mismas características, y que al provenir del mismo órgano, y no especificar nada al respecto la

⁷ Señaló la Corte. "En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derecho humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)...Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de contitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias..." (subraya extratexto). También pueden ser consultadas las sentencias C-191 de 1998, C-956 de 1999, por la cual se incorporó al bloque la Ley estatutaria de la Administración de justicia (ley 270 de 1996), C-894 de 1999, C-148 de 2003, C-149 de 2003, C-551 de 2003 por la cual se incorporó la ley 5ª de 1992 (Ley orgánica del Congreso) y la ley 134 de 1994 o Ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana, C-305 de 2004, entre otras.

Constitución, y, sobre todo, tener reservados campos materiales propios, comparten el mismo rango, esto es, igual posición en el ordenamiento jurídico, de tal forma que no se da el supuesto de aplicación del principio de jerarquía, pues este sólo sirve para dirimir conflictos entre normas de diferente rango" (pág. 397). Frente a las leyes orgánicas señala: "Las leyes orgánicas tienen el mismo rango que las demás leyes, de tal forma que ha de rechazarse el principio jerárquico para articular las relaciones entre la ley orgánica y los demás tipos puesto que, según se ha dicho antes, se articulan de acuerdo con el principio de reserva. Se parte de que la ley orgánica es un tipo especial, pero es una ley más, en el sentido de que se ubica dentro del concepto genérico de ley, esto es tiene el mismo rango jerárquico" (pág. 399). Y con respecto a las estatutarias indica: "Las leyes estatutarias, al igual que las leyes orgánicas, se encuentran en el mismo nivel jerárquico que las demás leyes: respecto de la Constitución ocupan un nivel inferior, al igual que todas las leyes, y frente a los actos administrativos son normas superiores" (pág. 400).

De lo transcrito, se advierte que el autor señala que las leyes orgánicas y estatutarias tienen el mismo rango normativo que las restantes leyes y en caso de conflicto entre las mismas, la solución tiene lugar con la aplicación del principio de reserva entendido como el conjunto de materias establecidas por la Constitución de regulación exclusiva del congreso. Por ser un criterio material que atiende al contenido de la ley y a la noción de garantía del ciudadano frente a la actividad del legislativo, es posible aceptar el principio de reserva establecido para la superación de conflictos de leyes, pero no como criterio suficiente sino concurrente con el criterio jerárquico. Atender con pretensión de exclusividad al criterio de reserva obligaría a analizar lo que de por sí ya se supone como evidente: si una ley tiene la categoría de orgánica, es porque su contenido o materia exigió su

regulación por intermedio de este tipo de leyes. La reserva de ley indica la materia que debe ser regulada con exclusividad por el legislador, pero no señala el grado de importancia entre las diversas leyes creadas por el legislador en ejercicio de tal principio. Por reserva de ley se expiden leyes estatutarias, orgánicas, ordinarias, entre otras, pero no es posible indicar la prevalencia entre las mismas. El autor acude a un criterio de ordenación de las leyes que denomina mixto en atención a que resulta de la imbricación de criterios materiales con criterios formales, indicando que la importancia de una ley dependerá de la materia que regula y del procedimiento establecido para su producción (pag. 246), pero se debe advertir que el criterio formal puede ser empleado como fundamento para señalar la existencia de una ley con garantía reforzada por voluntad del constituyente, pero de allí no se infiere que pueda ser estimado como parámetro para determinar la vinculación de una norma al Bloque.

A modo de inferencia, en la explicación de los diversos tipos de leyes y las relaciones que deben existir entre las mismas, resulta extraño que el Doctor Sierra Porto no hiciera mención al bloque de constitucionalidad, figura delineada por la Corte Constitucional y considerada como uno de los conceptos más importantes dentro del constitucionalismo nacional y de utilidad manifiesta para explicar el problema de la jerarquía legislativa.

CONCLUSIÓN

Fueron tres los temas abordados en este análisis: la primacía constitucional, la teoría de las fuentes del derecho y el bloque de constitucionalidad, y las conclusiones expuestas permiten determinar en el Doctor Sierra Porto, un pensamiento jurídico distante del exigido por el contexto suministrado por el Estado social de derecho y opuesto al sentido demarcado por algunas líneas jurisprudenciales de

la Corte Constitucional. Indica lo anterior la importancia de un sistema de elección de magistrados de las altas cortes que atienda no solo a criterios cuantitativos de mayoría política en el congreso sino cualitativos, que faciliten el análisis de la ideología del candidato y permita determinar su coherencia frente a los conceptos básicos que estructuran el modelo político de Estado social.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 313.

AGUILÓ Regla, Josep. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 217.

ESTRADA Vélez, Sergio, "Seguridad jurídica y discrecionalidad", en *Temas de filosofía del derecho*, comp. BOTERO Bernal, Andrés y ESTRADA Vélez, Sergio. Ed. Universidad de Medellín, 2003, p. 426.

GUASTINI, Ricardo. "La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, CARBONELL, Miguel (comp.), Madrid: Trotta, 2003, p. 286.

HART. H.L.A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 332.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Derecho y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 423.

PÉREZ Luño, Antonio. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 158;

PRIETO Sanchís, Luís. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997, págs. 19 y 37.

RECASÉNS Siches, Luís *Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho*, 3ª ed. Mexico: Porrúa 1980 p. 320.