

**SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO,
ORDENAMIENTO LEGAL
Y ORDEN JURÍDICO
PREVALENTE ***

Colombian juridical system, legal order and prevalent juridical order

*Recibido: 2 de agosto del 2012
Revisado: 15 de octubre del 2013
Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Jennifer Patricia Santos Ibarra***

RESUMEN:

La preocupación desde la academia por la formación de un abogado competente para desenvolverse en un sistema de derecho predilecto al cambio nos lleva de manera apremiante a analizar ¿Cuál es el sistema jurídico que está operando en Colombia?, para luego de ello estudiar si los procesos de enseñanza-aprendizaje en el aula de clase apuntan al fortalecimiento de las competencias ideales para el abogado actual. La anterior situación nos permite analizar en este escrito, la incidencia del ordenamiento jurídico, la aplicación prevalente del orden legal de acuerdo a la jerarquización y vigencia de las normas que lo integran y la creación del derecho producido por la Corte Constitucional como órgano interpretativo de la norma superior en la resolución de casos concretos.

PALABRAS CLAVE:

Sistema jurídico, ordenamiento legal, orden jurídico, positivismo y precedente constitucional.

ABSTRACT:

The concern from the academy for the training of a competent attorney to deal with a system of choice right leads change so urgent to discuss, What is legal system that is operanting in Colombia? The it consider wheter the processes teaching - learning in the classroom aimed at strengthening the skills ideal for current lawyer. The above situation allows us to analyze in this paper, the impact of the legal system, law and orden prevalent application according to the ranking and relevance of standards that make it up and the creation of laws produced by the Constitutional Court as the interpretative body of the higher standard in resolving cases.

* Artículo inédito. Esta investigación se realizó dentro del Grupo de Investigación en Derecho Comparado Fronterizo en la línea de investigación sobre formación, proyección y perspectivas del profesional del derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

** Especializando en Contratación Estatal en la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Abogada de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Sustanciador Nominado del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta. Correo electrónico: jennifersantos_01@hotmail.com.

KEY WORDS:

Juridical system, legal order, juridical order, positivism and constitutional precedent.

«Un sistema jurídico existe si, y sólo si, éste alcanza un cierto mínimo de eficacia»

Joseph Raz

INTRODUCCIÓN

El trabajo investigativo realizado se enfocó en el estudio de las diferentes posturas doctrinales que presentan argumentos válidos que justifican las concepciones sobre los sistemas jurídicos y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en sus diferentes providencias de cierre, donde se plasma el criterio adoptado por esta en relación a la actual estructura jurídica patria. Es preciso resaltar también, que se estudiaron los aportes de académicos e investigadores realizados por doctrinantes del derecho de diferentes latitudes, para concluir mostrando la clara diferencia que hoy aplica entre el sistema, el ordenamiento y el orden prevalente.

En el desarrollo de este texto se estudió; 1) cuál es el sistema jurídico actual; 2) el ordenamiento jurídico adoptado y, 3) el orden jurídico prevalente en Colombia, lo cual permitió identificar la nueva tendencia y actual sistema jurídico imperante en nuestro estado colombiano vislumbrándose un sistema noerrománico, teoría aceptada por la Corte Constitucional, propio de la aplicación de un concepto de derecho contemporáneo, conjugándose así un sistema Romano-Germánico, caracterizado por la implementación del positivismo jurídico y la jurisprudencia, actividad necesaria dada la realidad actual de existencia de vacíos en la ley; también se identifica la función del Estado Social de Derecho en la transformación de nuestro sistema; el anterior análisis nos permite esclarecer la importancia del ordenamiento jurídico y su caracterización en el sistema; por último se clarifica el orden jurídico prevalente en Colombia de acuerdo a la jerarquización y vigencia del conjunto de normas que lo

integran para la resolución de casos en concreto.

Comprender la estructura jurídica Colombina no solo requiere de su conceptualización, sino además, del estudio epistemológico del sistema jurídico; partiendo del origen del derecho Continental del «*Civil Law*» con tendencia eminentemente positivista y fundamentada en el derecho romano; pasando por el estudio de los sistemas contemporáneos como el derecho Romano-Germánico que describe (David & Jauffret-Spinozi, 2010) «como descendientes del derecho romano cuya evolución perfeccionaron. No se trata de una simple réplica ya que muchos de sus elementos provienen de fuentes ajenas al sistema de derecho romano»¹ y la ineludible integración con la nueva concepción del Estado Social de Derecho, eje fundamental para la constitución de lo que es hoy en día el sistema jurídico colombiano.

Otras corrientes (Castán Tobeñas, 1957) mencionan que, «al lado del derecho romano han contribuido otros distintos elementos históricos, como pueden ser elementos ibéricos, el derecho anónico, el derecho natural, el derecho germánico, etcétera»²; panorama que obliga al estudiante, profesor y profesional del derecho a estudiar, para lograr posesionarse en forma adecuada en el contexto legal, que debe tomar para formarse como abogado y desempeñarse posteriormente como un profesional competente.

Del análisis de las diferentes corrientes, se determina formalmente la transcendencia que tiene la integración en el sistema colombiano la postura del «*Civil Law*» con el precedente constitucional, concebido dentro del paradigma del

1 Ibidem.

2 Ibidem.

«*Common Law*» que al decir de doctrina colombiana (Tarazona Navas, 2007), «es de derecho legislado, pero con sistema de precedente judicial derivado, adscrito o complemento de él»³.

El estudio realizado no se limita a la comprensión simple del sistema jurídico colombiano; este abarca el análisis de la concepción de ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la teoría pura del derecho (Kelsen, 1958) hasta la concepción del derecho contemporáneo planteada por un insigne jurista italiano (Romano, 1963).

Es la Corte con su Doctrina Constitucional, la que determina el orden jurídico prevalente, partiendo de la jerarquía de las normas que se aplican en un momento determinado y en un caso concreto y de la validez e invalidez de las mismas dentro del orden jurídico, generando de esta manera el precedente constitucional obligatorio que viene a formar parte del orden legal.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Durante varios años el mundo occidental ha venido desarrollando diferentes posturas que han contribuido al establecimiento de sistemas jurídicos que operan en cada núcleo social según su cultura, escuelas o corrientes, ellas necesariamente deben ser estudiadas para la ubicación correcta del discente en el proceso de formación profesional de abogado.

Frente a lo enunciado anteriormente resulta necesario esclarecer, en primera medida ¿cuál es el Sistema Jurídico que opera en Colombia?, sin dejar de lado el Ordenamiento adoptado y el Orden Jurídico prevalente.

METODOLOGÍA

El presente artículo es el producto del trabajo de investigación realizado mediante el tipo de investigación documental pues como menciona (Suárez, 2007) es «aquella búsqueda o indagación que se basa en la localización, registro, recuperación, análisis e interpretación de fuentes bibliográficas, hemerográficas, así como fuentes de carácter primario o inédito»

Para ceñirse a un método y técnica que permitan hacer de esta investigación un proceso científico, se asumió dentro del análisis documental como técnica primaria la observación documental; en segundo lugar se situó como menciona (Balestrini Acuña, 2010) «el conjunto de técnicas operacionales para el manejo de las fuentes documentales», para el presente artículo las de subrayado, fichaje, bibliográficas, citas y notas de referencia bibliográfica.

Lo anterior a fin de construir el presente escrito como un aporte al marco teórico del proyecto de investigación denominado «Los procesos de formación profesional del abogado frente a la estructura jurídica colombiana. Caso de estudio: Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta», describiendo el actual sistema jurídico imperante en nuestro Estado, partiendo de los paradigmas establecidos por la corriente neo-románico de tendencia positivista, el romano-germánico que se fundamenta en el precedente jurisprudencial y la dirección adoptada por la Corte Constitucional con el establecimiento del Estado Social de Derecho.

1. DISCUSIÓN

La tradición colombiana desde la Constitución del año 1886 arraigaba nuestro sistema jurídico en los parámetros que describe el tradicional sistema del *civil law*, la evolución del derecho constitucional, la globalización e intercambio de conceptos como dignidad humana y prevalencia de los Derechos Humanos integrados y reflejados en la redacción de la Carta Política de 1991, necesariamente conllevan a que esa tradición de sistema jurídico se adapte a las necesidades y tendencias actuales, al respecto (Taruffo, 2006) menciona que «la cultura jurídica puede y debe volverse menos cerrada y sistemática, más variada y sujeta a evolución, centrada en muchos puntos de referencia cultural colocados en varios lugares del mundo en vez de en la tradición consolidada y autárquica de un solo país».

Este análisis apunta a que las facultades de Derecho diseñen planes de estudio que garanticen una formación integral y adecuada partiendo del perfil profesional que exige nuestra realidad social y bajo el contexto del sistema jurídico real. Respetada doctrina colombiana (Tarazona Navas, Enseñar el derecho que es. Una propuesta para las facultades de derecho, 2008) con toda prioridad afirma que «de la Constitución brota la nueva enseñanza del derecho. El derecho que es y que hace parte del sistema jurídico con el cual debe hacerse la conciencia política y cultural para el cambio social al cual nos hemos referido, debe enseñarse mediante el conocimiento y educación a la luz de los derechos humanos...».

Los sistemas tradicionales refiriéndonos al anglosajón y continental en su desarrollo conceptual, a través de la

historia, han mostrado repelerse entre sí, la oralidad y la escritura como características clave de un «sistema puro» respetivamente, han generado un continuo choque que conlleva a la escogencia entre uno u otro sistema, la verdad, aunque elidida por razones de prejuicios, muestra que estos dos sistemas no distan entre sí. Lo que se quiere decir es que resulta esencialmente inaceptable una equivalencia «*common law* = *oralidad*», así como es también inaceptable la equivalencia «*civil law* = *escritura*», ante la amplia presencia de la escritura en el *common law* y del ancho espacio que a la oralidad se reserva en varios procesos de *civil law*.⁴

Lo anterior nos lleva a lograr determinar la prevalencia del ordenamiento jurídico en la solución de las realidades representadas en casos concretos porque es a través del ejercicio de aplicación de la Ley o las otras fuentes formales del derecho que logramos vislumbrar la operacionalización del sistema jurídico y las características que reflejan una nueva concepción que se ajusta a las teorías modernas, en palabras de un celebre pensamiento ibérico (Otto y Pardo, 1988) a pesar de la diversidad de fuentes es posible seguir hablando de un ordenamiento porque las normas de que esas fuentes producen guardan entre sí las relaciones de orden que vienen establecidas por las normas sobre normas o fuentes. Un sistema jurídico complejo presupone unas reglas, por simples que sean, que al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto.⁵

Mediante el sistema de las reglas de aplicación viene a establecerse un orden de prelación, en el que un derecho resulta

4 Taruffo, Michelle. «Sobre las fronteras... Op. cit.,

5 Otto y Pardo. «Derecho Constitucional... Op. cit., p. 87.

de aplicación preferente y otro de aplicación supletoria, permitiendo, por ejemplo, la coexistencia del derecho romano con el real o del derecho escrito con el consuetudinario⁶.

2. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO. UN ENFOQUE CONTEMPORÁNEO DE SISTEMA NEO-ROMÁNICO O ROMANO-GERMÁNICO

La dignidad del ser humano toma mayor relevancia si miramos la protección real y efectiva de los Derechos Fundamentales frente a la nueva concepción socio-jurídica del «Estado Social de Derecho» que plasma la Constitución política colombiana de 1991. Cuando la carta fundamental consigna al término «social» hace referencia a la realización material de los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades para todos los miembros de la nación, pues la justificación primordial para la configuración ideal de dicha institución es la prioridad dentro del ordenamiento jurídico del ser humano como especie.

Refiriéndose al tema el profesor Tarazona Navas explica que «en efecto, nació un nuevo o una nueva modalidad de Estado porque el Estado de Derecho que tenemos está sujeto junto con sus tres poderes públicos al sistema jurídico colombiano y dentro de él a la Constitución que tiene supremacía como también al precedente constitucional cuya supremacía se deriva de la obligatoriedad»⁷. Lo anterior conlleva a que cualquier norma contraria a las disposiciones constitucionales puede ser inaplicada como una garantía a los derechos fundamentales de los administrados.

La Corte Constitucional Colombiana refiriéndose al significado del Estado Social de Derecho señala que «la Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de Derecho y Social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P., art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regido por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P., arto. 4), lo cual implica que todavía la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces del estado constitucional de derecho» (Sentencia de Unificación 747, 1998).

Siendo Colombia un Estado constitucional protector de los derechos de las personas y siendo la Corte Constitucional el ente encargado de «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» (Constitución Política de Colombia, 1991)⁸ y, por excelencia su principal intérprete, es preciso inferir que las decisiones manifiestas en sus providencias cobran un especial significado en el esquema de derecho actual para la solución de los problemas jurídicos sociales. «El Estado Social de Derecho buscar realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional» (Sentencia de Constitucionalidad 1064, 2001).

El establecimiento del Estado Social de Derecho ha sido el punto de partida para la transformación de nuestro sistema continental en lo que hoy se puede apreciar como un sistema neorromántico o romano-

6 Ibidem.

7 Tarazona Navas, Julio Alberto. «El imperio de la constitución... Op. cit., p. 9.

8 Artículo 241. Funciones de la Corte Constitucional.

germánico, que generó en la Corte en su función interpretativa la siguiente postura: «es claro que el paso dado por la constituyente de 1991, aleja aún más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora si de un modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio arbitrariamente, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra» (Sentencia de Constitucionalidad 595, 1999).

El análisis de esta nueva concepción de Estado nos permite tomarlo como fundamento para integrar el sistema tradicional del «*Civil Law*» que imperaba en nuestro país, con la postura derivada del «*Common Law*» las sentencias judiciales (precedentes) que se encargan de la solución de problemas sociales que no se encuentran reguladas por el conjunto de normas escritas.

El sistema normativo o positivista tradicional derivado del derecho romano en Colombia bajo el cual se formaron los profesionales del derecho antes de la consagración de la disposición de Estado Social de Derecho en la Constitución del año 1991, parte de la base de la norma escrita emanada de los entes legislativo y ejecutivo; como fuente esencial para la solución de conflictos, ordenamiento que genera la exegesis como la particular manera de interpretar la Ley, siendo aplicada directamente por el Juez.

Con un criterio opuesto al anterior, aparece la escuela de *derecho anglosajón* o «*Common Law*», cuya fuente es la costumbre como una forma especial de comportamiento social, que viene a ser regulado a través del derecho de los jueces,

dando nacimiento a la jurisprudencia como fuente de derecho.

En este mismo sentido el profesor Tarazona señala:

«...en Colombia tenemos un sistema jurídico que corresponde al tradicional sistema de fuentes formales romanista y positivista de normas jurídicas legales y un sistema de normas jurídicas jurisprudenciales. No hay un cambio en las fuentes formales del derecho, pues solo adquirieron bases constitucional tradicionales principios que antes solo tenían piso legal, es decir, en mi concepto las fuentes formales del derecho fueron puestas a tono con la Constitución Nacional como su hilo conductor que es, pues son los cauces a través de los cuales se expresa el derecho. La jurisprudencia sigue siendo criterio auxiliar, mas no así la doctrina constitucional con fuerza vinculante en cuanto a la *ratio decidendi*, pudiéndose apartar en los casos específicos reglados por la Corte Constitucional en la sentencia C-836-2001, para permitir la evolución del derecho. Luego, el cambio no es con relación a las fuentes formales del derecho, sino respecto a la modalidad de Estado, cambio al cual se resisten las Facultades de Derecho, estudiantes, jueces, y abogados litigantes»⁹.

9 Tarazona Navas, Julio Alberto. «*El imperio de la constitución...* Op. cit., p. 194-195.

Para describir el concepto del derecho moderno (López Ayllón, 1997), refiriéndose a los planteamientos expuestos por Harol Berman y Norbert Rouland expresa:

«la referencia al derecho moderno supone dar cuenta de la dimensión normativa específicamente jurídica del mundo secularizado, propia de la civilización occidental. Ello incluye además de la racionalización, el reconocimiento de individuos a los que otorga «derechos» (humanos y políticos) en espacios sociales y temporales determinados (el Estado-nacional), y que permite la organización bajo reglas determinadas. Todo lo anterior se desenvuelve dentro de las condiciones de alta modernidad que suponen una modificación significativa en las condiciones tradicionales de operación del derecho».¹⁰

Una crítica a los que definen la tesis que el Derecho está formado por un conjunto de normas, afirma que «el Derecho es un ente superior resultante de la abstracción y unificación de las conciencias individuales de los miembros de la sociedad, por lo que el Derecho no está integrado solo por normas, sino por otros elementos, entre los cuales se encuentra la propia sociedad»¹¹.

En este estado, y frente a la vigencia de la nueva concepción del Estado Social

de Derecho, se hace imperioso preguntarnos ¿Cuál es el sistema jurídico actual en Colombia?

Las teorías modernas encuadran hoy nuestro sistema en la familia de derecho *romano-germánico*. En la actualidad, la familia de derecho romano-germánico se encuentra diseminada en el mundo entero; rebasó con generosidad las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina, de gran parte de África, los países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia¹².

Así mismo (David & Jauffret-Spinozi, 2010) aluden a la Escuela de Derecho Natural y a la Doctrina Judicial como los puntos que permitieron consagrar lo que es hoy en día la familia romano-germánica (Ramírez, 2001) tomando la concepción contemporánea de Derecho Natural la cual revela que:

«La objetividad y la fundamentación del derecho se garantizan por su estar dependiendo de los bienes básicos- y de las exigencias de la razón práctica. Además en general la realidad misma de los sistemas jurídicos, su particularidad y especificidad histórica, solo puede ser captada como productos de la razón práctica de comunidades concretas (no se trata de dar una definición universalista del derecho y después imponerla a cada realidad histórica, para decidir si era o no *jurídica*).»¹³

10 López Ayllón, Sergio. «Las transformaciones... Op. cit., p. 21-22.

11 Romano, Santi. «El ordenamiento jurídico... Op. cit., p. 202-203.

12 David & Jauffret-Spinozi. «Los grandes sistemas... Op. cit., p. 21.

13 Ramírez, Vicente Jaime. «Versiones contemporáneas... Op. cit., p. 137.

Respecto de la familia romano-germánica (David & Jauffret-Spinozi, 2010) mencionan a la Ley como la aparente fuente actual y primordial del derecho, en este sentido infiere entonces que «La tarea de los juristas se asemejaría esencialmente a la de descubrir mediante varios procedimientos de interpretación, la solución que en cada caso concreto corresponde a la voluntad del legislador: *Jurisconsulta sine lege loquens erubescit* se decía Antaño en Alemania. En este sentido las fuentes de derecho distintas a la ley parecen ocupar un lugar subordinado y de importancia menor en comparación con la fuente de derecho por excelencia que es la ley»¹⁴ Advierte además, «En la teoría misma, se admite cada vez más abiertamente que la soberanía absoluta de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción; paralelamente a la ley, hay otras fuentes de derecho igualmente importantes»¹⁵. Durante la relación que hace estos autores de los aspectos que en su evolución histórica influyeron en la constitución de los que es hoy la familia romano-germánica se identifica al derecho natural y el derecho consuetudinario como agentes transformadores del pensamiento y tradición positivista en el derecho europeo.

En Colombia existiendo un fuerte arraigo a una cultura de derecho continental, con la sentencia T-123 de 1995 se marca el giro hacia la concepción moderna de sistema jurídico neorrománico:

«Si bien solo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Sentencia de

Constitucionalidad 038, 1995), es importante considerar que a través de la jurisprudencia, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (C.P. art. 13)» (Sentencia de Tutela 123, 1995).

En palabras del mentado profesor Tarazona Navas «Esta sentencia propone un mecanismo concreto de disciplina jurisprudencial para Colombia»¹⁶, donde «existe el sistema de fuentes neorromanistas pero de acuerdo con precedente obligatorio en consonancia con el Estado constitucional y social de derecho.»¹⁷. En lo atinente, David & Jauffret-Spinozi señalan en relación a los sistemas neorrománico y de *common law* lo siguiente:

«En ambos impera una misma concepción del derecho, relacionada con la búsqueda de la justicia. La única

14 Ibidem, p. 73.

15 Ibidem, p. 73.

16 Tarazona Navas, Julio Alberto. «El imperio de la constitución... Op. cit., p. 201.

17 Ibidem, p. 205.

diferencia es que en la familia romano-germánica se intenta descubrir las soluciones de la justicia del derecho mediante una técnica cuyo origen es la ley, mientras que la familia de los sistemas common law, se pretende llegar al mismo resultado mediante una técnica que privilegia los precedentes judiciales. De ello resulta que en las dos familias se tiene un análisis diferente de la regla de derecho, que se concibe bajo una óptica legislativa, y doctrinal en los países de la familia romano-germánica y bajo una óptica jurisdiccional en los países del *common law*. Es sin embargo incorrecto llegar a la conclusión que altera la naturaleza misma del derecho: éste se concibe del mismo modo dentro de lo que podría constituir una vasta familia occidental.»¹⁸

En la Sentencia de Constitucionalidad 836 de 2001 es significativo el aporte para este tema la aclaración de voto hecha por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, donde expresan que:

«Uno de los argumentos más comunes contra el reconocimiento del valor y la fuerza jurídica que tienen los precedentes judiciales parte del derecho comparado, o mejor, de una visión particular de las diferencias que existen entre el sistema de derecho común anglosajón y el sistema romano-germánico o de

derecho civil. Esta visión que tiende a subrayar las diferencias, no tiene en cuenta los desarrollos que se han presentado en ambos sistemas o familias jurídicas durante el siglo XX, los cuales han acortado la distancia entre ellos, así subsistan importantes distinciones» (Sentencia de Constitucionalidad 836, 2001).

Clara es la posición de la Corte al encuadrar y acepta que el sistema jurídico colombiano apunta a la tendencia Neorrománica cuando evalúa el grado de vinculación para las autoridades judiciales frente al precedente jurisprudencial, pues si bien reconoce que la autoridad puede separarse de ellos, enfatiza en el deber de expresar las razones por las cuales se separa de dichos lineamientos y el deber de justificar claramente que la interpretación alternativa aplica los derechos, principios y valores constitucionales de mejor manera. Es por lo anterior que ha llegado este máximo órgano interpretativo a definir que «...el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*» (Sentencia de Constitucionalidad 634, 2011)

Refiriendonos entonces, a los puntos característicos que identifican nuestro sistema jurídico colombiano, pueden resaltarse: **i)** la evolución del derecho constitucional, **ii)** la apropiación del concepto de dignidad humana, **iii)** la prevalencia de los derechos fundamentales del hombre, **iv)** una definición amplia de

derecho, v) la justicia social y, finalmente, vi) el precedente judicial.

3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En la Constitución de 1991 nació en Colombia el Estado Social de Derecho, donde revaluados los axiomas clásicos del Estado de Derecho consistentes en la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la administración, la plena tutela jurídica frente a la intervención administrativa, y la expectativa de indemnización en supuestos de intervención en el patrimonio privado del ciudadano, el Estado contemporáneo y el concepto de Ley han sufrido una transformación en la que sus funciones y sus razones de ser han cambiado originando un nuevo ordenamiento jurídico (Urueta Rojas, 2004).

En relación a este nuevo ordenamiento jurídico se puede afirmar que al considerar los nuevos aspectos integrados al concepto de derecho se incluyen no solo las normas o leyes porque se «articula al concepto de ordenamiento jurídico la base de atribuir al Derecho objetivo el significado primordial de la organización, proporcionando así una nueva configuración del concepto de Derecho, al superar las concepciones tradicionales que enfocaban la experiencia jurídica sobre la exclusiva base de las normas jurídicas, o de las relaciones jurídicas»¹⁹.

Partiendo de estos nuevos fundamentos, referirnos al ordenamiento jurídico colombiano desde la postura positivista tradicional Kelseniana resulta

una actividad obsoleta; pues es evidente que al ordenamiento jurídico actual lo integran instrumentos que pudiéramos decir resultan más significativos y trascendentales para la sociedad que la misma norma positiva.

El libro *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, en el estudio de los conceptos de hombre y persona (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1941) respecto de esto menciona que en el afán de precisar un lenguaje exclusivo de lo jurídico, se niega el valor técnico del término hombre y se busca mantener el divorcio entre el derecho y la realidad circundante, un poco dentro del concepto Kelseniano que ve en el ser humano un objeto de las ciencias naturales, situado en un campo meta jurídico y, en la persona, una noción que solo puede derivarse de las normas jurídicas²⁰. Desde su descripción positivista creen que esta postura tiene una explicación ideológica y política dentro de las circunstancias históricas que la vieron nacer, pero, también creemos que la identificación técnico-jurídica de hombre y persona, con profunda raíz romana constituye una mejor garantía contra los ataques absolutistas, que el esfuerzo por mantener al derecho como un sistema puro de carácter esencialmente normativo (Universidad Externado de Colombia y La Aslla, 1995).

Al respecto, Kelsen afirma que «La norma fundante encabeza un ordenamiento jurídico coactivo integrado por un conjunto de normas jurídicas»²¹; apoyando la idea de que el ordenamiento está integrado por nuevos aspectos Santi Romano parte «de una concepción diferente del Derecho, que supera la composición normativista Kelseniana, integrando además de las

19 Romano, Santi. «*El ordenamiento jurídico...* Op. cit., p. 101 y 113.

20 *Ibidem*, p. 83.

21 Kelsen, H. «*Teoría pura del Derecho...* Op. cit., p. 229.

normas, otros elementos, especialmente el de organización y el de sociedad»²².

En cuanto al elemento de organización añade este autor que «el Derecho ha de tener en cuenta la valoración de la realidad en que se manifiesta, abstrayendo esa realidad del análisis conjunto de sus elementos»²³; es decir que se puede contar con una norma positiva, pero si no resuelve una realidad social, es cuando la Corte Constitucional juega un importante papel, al manejar la constitucionalización del ordenamiento jurídico. En Salvamento de voto hecho por el Magistrado Jaime Araujo Rentería en Sentencia de Constitucionalidad 1057 del año 2005 podemos observar que la propuesta de Santi Romano que pretendemos adoptar al momento de definir nuestro ordenamiento jurídico se ve apoyada y fortalecida en la misma tesis de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Riccardo Guastini, frente a este concepto indica:

«por constitucionalización del ordenamiento jurídico» podemos entender «un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los

actores políticos así como las relaciones sociales» (Guastini, 2001).

Así mismo, en Sentencia de Contitucionalidad 174 del año 2006, en su salvamento de voto, el magistrado Jaime Araujo Renteria expresa que «las normas dentro del ordenamiento jurídico no solo deben ser el reflejo de la Constitución en sí misma sino igualmente de los valores y principios señalados por el soberano constituyente». Igualmente, en Sentencia de Constitucionalidad 426 del año 2002 emplea la Corte Constitucional el concepto de antiformalismo para lograr dar prevalencia a los derechos fundamentales que de seguir estrictamente la Ley escrita resultarían vulnerados, por tal razón menciona:

«integrar los conceptos de *antiformalismo* e *interpretación conforme* a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas. Por su intermedio, lo que se pretende es armonizar y racionalizar el ejercicio de tales prerrogativas, evitando que los criterios de aplicación de la ley, excesivamente formalistas, en cierta medida injustificados o contrarios al

22 Romano, Santi. «El ordenamiento jurídico... Op. cit., p. 292.

23 Ibidem, p. 180-182.

espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que terminen por hacer nugatorio el precitado derecho a la protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso» (Sentencia de Constitucionalidad 426, 2002)

La Corte Constitucional colombiana refleja la aplicación de un concepto de derecho amplio redefiniendo el postulado de «imperio de la ley» sujeción que no debe desconocer el conjunto de normas constitucionales, principios y valores reflejados en las interpretaciones de los altos Cortes como máximos órganos interpretativos judiciales es por ellos que menciona: «...por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento» (Sentencia de Constitucionalidad 634, 2011)

La incidencia de los Derechos del Humano y su especial connotación en el desarrollo de los mismos fines del Estado colombiano reflejados en la Constitución Política de 1991 han obligado al Juez que imparte justicia a romper con los estereotipos que limitan el sentido mismo de las leyes y por consiguiente crear soluciones jurídicas efectivas que garanticen la real protección de los derechos de las personas, es así como la Corte ha señalado que:

«Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado

de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales» (Sentencia de Constitucionalidad 836, 2001).

3. ORDEN JURÍDICO PREVALENTE

Es preciso mencionar que los conceptos de ordenamiento y orden no corresponden a un mismo significado; pues si bien el ordenamiento constituye la integridad de las normas, la sociedad y la organización; el orden pasa a ser lo particular en cuanto a la jerarquía y vigencia de las normas o las interpretaciones que de estas haga la autoridad constitucional partiendo de la vigencia de las mismas para la aplicación de estas a un caso en concreto. Ahora bien, tampoco es preciso confundir el orden y el sistema jurídico; en sentencia de Constitucionalidad 1038 del año 2002, teniendo en cuenta la moderna teoría del derecho y la interpretación constitucional se hace una distinción de sistema jurídico y orden jurídico al siguiente tenor:

«en términos simples, se entiende por orden jurídico el conjunto de normas vigentes en un momento y en un lugar determinado. Forman parte de este orden jurídico no sólo las normas expresamente promulgadas sino también aquéllas que sin haber sido expresamente promulgadas puedan derivarse o deducirse lógicamente de las primeras; en consecuencia, hacen parte del orden jurídico, normas

promulgadas y normas no promulgadas.

Se entiende por sistema jurídico, la sucesión de órdenes jurídicos. De tal manera que forma parte del sistema jurídico las normas que una vez estuvieron vigentes y que ahora se encuentran derogadas. El concepto de sistema jurídico es mucho más amplio que el de sistema normativo, ya que éste último sólo comprende las normas vigentes mientras que el primero comprende las vigentes y las derogadas» (Sentencia de Constitucionalidad 1038, 2002).

En cuanto a la jerarquía «el orden jurídico se puede diagramar como un árbol o cadena de normas que inicia con la norma fundamental y que continúa con las demás disposiciones secundarias de conformidad con los criterios de jerarquía y distribución de materias establecidos. Cada nuevo orden se traduce en un esquema ligeramente distinto, pero comparte la misma norma primera así como las normas que no han sido derogadas» (Huerta Ochoa, 2008).

Pero no solo debemos hablar de jerarquía y vigencia del orden jurídico, pues cobra vital importancia el tema de la validez del mismo. Así bien, dentro del orden jurídico vigente en Colombia se da el control de constitucionalidad que busca controlar la validez o invalidez de las normas generándose así el precedente constitucional que debe ser tenido en cuenta dentro de ese orden jurídico como parte de él.

En este sentido, en Sentencia de Constitucionalidad 174 del año 2006 se expresa:

«la validez de una norma se identifica con *su pertenencia* a un determinado sistema normativo. Todos los sistemas jurídicos tienen criterios de pertenencia o validez, que deben cumplirse por las normas para poder considerar que una norma pertenece a ese sistema jurídico; para poder decir que son válidas en relación con aquellos.

Para que una norma jurídica sea válida debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe haber sido producida por el órgano competente. En todo ordenamiento jurídico existen habilitaciones a favor de determinadas autoridades para producir normas, de modo que si la norma no ha sido producida o dictada por la autoridad o sujeto competente, no es considerada como válida.

2. Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado. Las normas son el resultado de un procedimiento, por medio del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano competente productor. El incumplimiento de las exigencias de la manera como se producen las normas determina su invalidez.

3. No debe estar en contradicción con otras normas superiores a ella del mismo sistema jurídico. El sistema jurídico tiene una estructura jerárquica que hace que la norma de inferior jerarquía no puede contradecir lo establecido en las superiores. Si lo hace esa contradicción es motivo de invalidez de la de inferior jerarquía.» (Sentencia de Constitucionalidad 174, 2006)

En ese orden de ideas, la validez o invalidez de la norma jurídica se torna como un tema trascendental pues puede con su determinación, aplicación, vigencia o derogación llegar a modificar el orden jurídico vigente al momento de estudiar un caso en concreto; en este sentido la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

«las determinaciones de la jurisdicción constitucional hacen parte esencial de ese orden, en cuanto, por virtud de la cosa juzgada constitucional, confieren certeza en torno a la validez de las normas que lo integran y en algunos casos, al retirarlas del conjunto normativo, modifican sustancialmente su contenido material. Las sentencias que la Corte Constitucional profiere en desarrollo de su función de control abstracto de constitucionalidad tienen carácter definitivo y erga omnes, de modo que, a partir de su notificación en legal forma, inciden directamente en la configuración del orden jurídico que los administradores de justicia están obligados a conocer y a

aplicar en la definición del Derecho» (Sentencia de Tutela 106, 1996).

CONCLUSIONES

Con base en la Constitución de 1886, el sistema tradicional y predominante en Colombia era el sistema continental o más conocido como «Civil Law»; pero con la llegada de la Constitución de 1991, la organización en forma de Estado Social de Derecho y la prevalencia de los Derechos Fundamentales especialmente la dignidad humana, apartaron de esta corriente tradicional al sistema jurídico Colombiano transformándolo en un sistema moderno de acuerdo a los postulados contemporáneos como lo es la familia romano-germánica o neo-románica, como garantía real de la materialización de los mismos fines del Estado.

La influencia de la corriente ius-naturalista, la nueva concepción de derecho y el valor dado al precedente constitucional son elementos que logran ubicar al sistema jurídico colombiano dentro de la concepción moderna de sistema romano-germánico o neorrománico, pues la negativa al cambio y el arraigo a un sistema ineficiente que solo visiona al derecho como el conjunto de normas que regulan la sociedad esta obligado al fracaso ya que este no responde a las realidades sociales que superan esas normas prescritas que muchas veces contradicen los principios constitucionales o simplemente están llenas de vacíos.

El análisis de los sistemas tradicionales «*Common Law*» y «*Civil Law*» y la verificación de las características históricas nos permite concluir que estos resultan ser sistemas no excluyentes sino que por el contrario en nuestro sistema colombiano coexisten brindando cada uno elementos que logran contribuir a un desarrollo armónico que garantiza y protege las necesidades de los

administrados constuyendo una real justicia social.

La puesta en marcha del nuevo Estado Social de Derecho con la Constitución de 1991, teniendo en cuenta sus presupuestos democráticos y participativos, y su función protectora de los derechos fundamentales, trajo consigo la aplicación de un nuevo ordenamiento jurídico que no solo se encuentra integrado por el conjunto de normas positivas sino que se constituye por una serie de elementos tales como el precedente constitucional partiendo de la aplicación de los principios fundamentales en protección a la dignidad humana, al punto en que algunos estudios científicos ya defienden el carácter vinculante de los instrumentos de *soft law* dentro de las fuentes del derecho internacional público como contenidos autorizados en la interpretación de los derechos humanos, con lo cual se amplía el espectro del Juez y del ordenamiento (Yañez Meza, 2012).

La importancia de la sociedad como elemento integrante del ordenamiento jurídico reflejada en la protección y garantía real de sus derechos es un principio que transforma la concepción tradicional de ordenamiento jurídico, pues es del estudio de los casos en concreto que a diario se presentan ante la justicia, que se logran plantear lineamientos que puedan servir para la posterior normatización que realmente corresponda a los acontecimientos jurídicos-sociales, de allí que el precedente judicial tome relevancia en la solución de los mismos.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico refiere a una Constitución capaz de transformar dicho ordenamiento convirtiéndolo en un cúmulo no solo de normas positivas sino integrando a este el Precedente y la Doctrina constitucional, lo cual proporciona al Estado seguridad al momento de aplicar las normas basándose entonces en los valores y principios fundamentales.

La vigencia en el orden jurídico corresponde a la existencia en determinado tiempo y lugar de una norma que permitirá la solución de un caso en concreto de allí que el orden jurídico colombiano toma relevancia cuando se analiza su concepto partiendo no solo de la jerarquía y vigencia de la norma, sino de la validez o invalidez que pueda determinar la Corte Constitucional formando así un precedente que llega a ser parte de este mismo orden jurídico.

La vigencia, jerarquía y validez de las normas dentro de un orden jurídico constituyen un factor determinante que influye directamente en su determinación y aplicación dentro del ordenamiento jurídico que a su vez conforma el sistema jurídico.

REFERENCIAS

David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Décima primera ed.). (J. Sánchez Cordero, Trad.) México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Castán Tobeñas, J. (1957). *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (Segunda ed.). Madrid, España: Editorial Reus S.A.

Tarazona Navas, J. (2007). *El imperio de la constitución y del precedente constitucional. La verdad al alcance de la población, del abogado litigante y del juez* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Kelsen, H. (1958). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.

Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico* (Segunda ed.). (S. Martín-Retortillo, & L. Martín-Retortillo, Trads.) Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.

Suárez, N. (2007). *La investigación documental paso a paso* (Tercera ed.). Mérida, Venezuela: Universidad de Los Andes.

Balestrini Acuña, M. (2010). *Estudios documentales, teóricos, análisis de discurso y las historias de vida. Una propuesta metodológica para la elaboración de sus proyectos* (primera ed.). Caracas, Venezuela: BL Consultores Asociados.

Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (primera ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Tarazona Navas, J. (2008). *Enseñar el derecho que es. Una propuesta para las facultades de derecho* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones DOctrina y Ley Ltda.

Otto y Pardo, I. (1988). *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes* (segunda ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel.

López Ayllón, S. (1997). *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad* (primera ed.). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ramírez, V. (2001). *Versiones contemporáneas del derecho natural* (primera ed.). Medellín, Colombia: Librería Señal Editora.

Urueta Rojas, J. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado Social de Derecho en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 6 (002), 326-350.

Kelsen, H. (1941). *Teoría pura del derecho* (primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada S.A.

Universidad Externado de Colombia y La Aslla. (1995). *La persona en el sistema jurídico latinoamericano* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial 87.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (primera ed.). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Huerta Ochoa, C. (2008). *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes* (primera ed.). México, Colombia: Universidad Nacional Autónoma de México.

Yañez Meza, D. (julio-diciembre de 2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 7-34.

Universidad Simón Bolívar. (2007). *Constitución Política de 1991* (segunda ed.). Barranquilla, Colombia: Editores Universidad Simón Bolívar.

Corte Constitucional. (1995). Sala Tercera. Sentencia de Tutela 123. Marzo 21. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-4837. Bogotá.

Corte Constitucional. (1996). Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 106. Marzo 13. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.. Expediente: T-85549. Bogotá.

Corte Constitucional. (1998). Sala Plena. Sentencia de SU 747. Diciembre 2. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-152455 Bogota.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia de Constitucionalidad 595. Agosto 18. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: D-2292. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 836. Agosto 9. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente: D-3374. Aclaración de voto de los magistrados: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1064. Octubre 10. Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expediente: D-3449. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1038. Noviembre 28. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: D-4066. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 426. Mayo 29. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente: D-3798.

Corte Constitucional. (2005). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1057. Diciembre 19. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto del magistrado: Dr. Jaime Araujo Rentería Bogotá.

Corte Constitucional. (2006). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 174. Marzo 08. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-5923. Salvamento de voto del magistrado: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 634. Agosto 24. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente: D-8413. Bogotá.