

**INTRODUCCION AL DERECHO**

**–NOTAS DE CLASE–**

**–TERCERA PARTE–**

**APENDICE DEL CAPITULO VII Y  
CONTENIDO CAPITULO VIII**

**Dr. LEONARDO URIBE CORREA**

**Redactadas por el**

**Dr. JORGE PARRA BENITEZ**

**Ampliadas por el Egresado**

**HERNAN JOSE JIMENEZ CARVAJAL**

## APENDICE DEL CAPITULO VII

### FUENTE FORMALES EN EL DERECHO ANGLOSAJON

#### 1. Las fuentes formales en el derecho inglés.

##### 1.1 Planteamiento del tema:

El Derecho Inglés elaborado históricamente por los tribunales, es ante todo un Derecho Jurisprudencial. Las universidades y la doctrina, han ejercido menor influencia en Inglaterra que en otros países; además, el legislador inglés no ha acudido sistemáticamente a la codificación como instrumento para introducir una reforma general en el Derecho.

La ley se ha limitado a una función correctora o complementaria de la jurisprudencia pero, actualmente, jurisprudencia y ley ocupan un primer plano si se las compara con las demás fuentes formales del Derecho.

##### 1.2 La Jurisprudencia

###### 1.2.1 La Organización Judicial

###### 1.2.1.1 La Supreme Court Of Judicature

Desde 1873 - 1875, existe en Inglaterra una jurisdicción superior realmente importante, la Supreme Court Of Judicature, sometida únicamente al control de la Cámara de los Lores. Este supremo tribunal Inglés tiene dos escalones: la High Court Of Justice y la Court Of Appeal.

Los asuntos se dirigen normalmente a la H.C.J. siendo recurribles ante la C. A.

Los jueces se reclutan entre los abogados, para quienes la elevación a la dignidad de juez, constituye la coronación de su carrera profesional. Los asuntos se someten en primera instancia a la decisión de un juez único, asistido para lo que se refiere a las cuestiones de hecho por un jurado de doce miembros. La intervención del jurado en materia civil es sin embargo excepcional. Cuando se conoce del asunto en segunda instancia, el caso es fallado por dos o tres jueces.

###### 1.2.1.2 La Cámara de los Lores.

Contra las decisiones pronunciadas por la Court of Appeal, puede, excepcionalmente recurrirse a la Cámara de los Lores. La Cámara no se ocupa de más de 30 ó 40 asuntos por año, lo que resalta el carácter verdaderamente excepcional de este recurso. Tales asuntos son sometidos a un número variable de lores no inferior a tres.

### 1.2.1.3 Las Restantes Jurisdicciones.

Aparte de las jurisdicciones mencionadas, existen otras inferiores. Las principales son, en materia civil, las cortes de los condados que desempeñan un papel fundamental en la administración de la justicia en Inglaterra, puesto que la ley les ha atribuido una extensa competencia. En materia criminal la competencia corresponde a jurisdicciones variadas colegiales o personales, con jurado o sin jurado.

### 1.2.2 La Regla del Precedente.

#### 1.2.2.1 Diferencias existentes con los países de Derecho predominante legislado.

En los Derechos de la familia Romano-Germánica, los principios jurídicos se han buscado en un cuerpo de normas pre-establecido: Corpus Iuris Civilis, en otros tiempos; Códigos en la actualidad. Normalmente en nuestros países la jurisprudencia desempeña un papel secundario, puesto que las decisiones jurisprudenciales, aunque gozan de una gran autoridad, salvo casos excepcionales, no son consideradas como creadoras de normas jurídicas, y es lógico que así ocurra pues contamos ya sin necesidad de ellas, con un sistema jurídico que se basta a sí mismo.

La situación es diferente en Inglaterra. Jamás se ha reconocido en este país la autoridad del Derecho Romano. El Common Law, ha sido creado por los tribunales reales de West Minster y es un derecho Jurisprudencial. En Inglaterra el papel de la jurisprudencia no ha consistido sólo en aplicar las normas jurídicas sino en descubrirlas.

Podría afirmarse, que fuera de la jurisprudencia, no existe derecho Inglés. La obligación de atenerse a las normas elaboradas por los jueces, es decir, de respetar los precedentes judiciales, es la base de todo sistema de Derecho Jurisprudencial.

#### 1.2.2.2 Significación y Alcance de esta Regla.

La regla del precedente, puede descomponerse teóricamente en tres proposiciones muy sencillas:

1. Las decisiones de la Cámara de los Lores, constituyen precedentes obligatorios a cuya doctrina deben atenerse todas las jurisdicciones.
2. Las decisiones de la Court Of Appeal, constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones inferiores jerárquicamente a este tribunal, incluida la propia Court Of Appeal.
3. Las decisiones de la Hight Court Of Justice se imponen sobre las decisiones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un alto valor de persuasión y a ellas se atienen por regla general las diferentes decisiones de la propia Hight Court Of Justice.

Estas proposiciones establecen una especie de estructura jerárquica del Dere-

cho Jurisprudencial Inglés y simplifican el problema. Sin embargo, actualmente hay cierta tendencia hacia un mayor número de las excepciones que conllevan, o hacia una consideración más estricta de las condiciones en que se aplican los mismos principios que hemos descrito anteriormente. Por ejemplo, la Cámara de los Lores ha hecho saber a través de su Lord canceller que podría apartarse de las reglas arriba descritas, si consideraciones de peso lo aconsejasen en interés de la justicia.

Finalmente debemos resaltar que los únicos precedentes vinculantes son los que emanan de los tribunales superiores, es decir de la Suprema Court Of Judicature y de la Cámara de los Lores.

### 1.2.2.3 Forma de la Sentencia en Inglaterra.

En términos estrictos, la decisión inglesa se reduce a una sencilla cláusula dispositiva que da a conocer la solución dada por el juez al litigio; por ejemplo "X" debe pagar tal suma a "Y"; ha quedado disuelto el contrato convenido entre "X" y "Y"; la sucesión de "X" se defiere a tales personas, etc. . . Los jueces ingleses no tienen que motivar sus decisiones; se supone que ello constituiría una ofensa a su dignidad. Se limitan a expedir mandatos sin tenerlos que justificar.

Al margen de la decisión judicial, existe la costumbre de que el juez exponga las razones por las cuales ha llegado a su decisión. Tal práctica se explica históricamente más que por el deseo de justificar la decisión ante los litigantes, por el de instruir a los estudiantes de Derecho, los futuros abogados, los cuales tradicionalmente han aprendido su oficio en Inglaterra mediante la frecuentación de los tribunales y de la Curia. El juez inglés que se encuentra en una situación semejante a la que en otros países tiene el profesor universitario, gusta de exponer las normas y principios del derecho relativos a la materia sobre la que se ha pronunciado mediante su decisión. El comentario de ésto, presentado en forma discursiva, muy lejos del rigor y la concisión de los considerandos, rebasa muchas veces el marco del proceso para examinar temas conexos; las fórmulas utilizadas por el juez y las normas que explicita, suponen frecuentemente una generalidad que desde un punto de vista estricto no es necesaria para dar solución al litigio.

### 1.2.2.4 La Técnica de las Distinciones.

La aplicación de la regla del precedente, exige que el jurista inglés analice los comentarios que acompañan las decisiones judiciales. En las explicaciones que hace el juez en apoyo de sus decisiones, debe el jurista distinguir (y a esto se refiere el nombre de Técnica de las Distinciones), entre lo que constituye el fundamento de la decisión, es decir, la razón de la decisión, y lo que es una simple declaración hecha por el juez sin que fuese absolutamente necesaria para justificar su decisión. La Ratio Decidenti, es decir, la razón de la decisión constituye una norma jurisprudencial que queda incorporada en el Derecho Inglés; los demás argumentos que expone el juez sin que sean fundamento de la decisión (aunque pueden tener alguna conexión con ella y que se emplean más como argumento de persuasión que como fundamentos teóricos de la decisión), tienen una mayor o

menor importancia, según el prestigio del juez que las emitió, de la exactitud de su análisis y de un gran número de circunstancias variadas según los casos.

#### 1.2.2.5 Publicación de Precedentes.

Como no se publican la totalidad de los precedentes, esto supone una cierta flexibilidad en la forma de aplicarlos. Sólo se publican el 75% de las resoluciones de la Cámara de los Lores; el 25% de las resoluciones de la Corte de Apelación y el 10% de las decisiones de la Alta Corte de Justicia. De esta forma se eliminan un buen número de decisiones que no necesitan ser convertidas en precedentes y se evita también que los juristas ingleses se vean sumergidos en una avalancha de precedentes que traerían como consecuencia inevitable, un debilitamiento en su autoridad.

#### 1.2.3 Forma de Citar las Decisiones Judiciales

Las decisiones inglesas, se citan en una forma diferente a como se hace en el resto de los países, especialmente en aquellos con Derecho Romano-Germánico; la forma correcta de citar es la siguiente:

Smith V. Lander, entre corchetes el año y a continuación una serie de indicaciones sobre el libro en el cual fueron publicadas, la página en que está, etc.

Smith es el demandante, Landers es el demandado; "V" en lugar de Versus se lee "Y" o "frente a"; o sea Smith V. Lander puede leerse Smith y Lander o Smith frente a Lander.

### 1.3 La Ley

#### 1.3.1 La Ley, elemento extraño en el Derecho Inglés.

La Ley en la concepción tradicional inglesa no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho; los jueces la aplicarán, es cierto, por la norma que contiene la ley sólo se verá plenamente incorporada al Derecho en cuanto haya sido aplicada e interpretada por los tribunales y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación. En otras palabras, existe la tendencia a citar tan pronto como se pueda en el texto sino las sentencias en que haya recibido aplicación dicho texto.

#### 1.3.2 Importancia actual de la ley

Desde hace 100 años se ha producido en Inglaterra, un intenso movimiento legislativo, sobre todo a partir del final de la última guerra; se han multiplicado las tareas de la administración y numerosas leyes de inspiración dirigista e incluso socialista, muy alejadas del espíritu liberal del Common Law, han venido a regular las relaciones de los particulares con la administración en todo un sector nuevo de la vida pública y social Inglesa. Puede decirse que este tipo de normas, guardan cierta analogía con el Derecho Administrativo de los países de inspiración Roma-

no-Germánica; no existe sin embargo en Inglaterra un sistema jerárquico de jurisdicciones administrativas independiente de las jurisdicciones judiciales. El poder judicial controlar de modo soberano la aplicación de las leyes nuevas. Parece posible afirmar que la ley desempeña en la Inglaterra actual un papel de categoría no inferior a la jurisprudencia pero pese a todo, el Derecho Inglés sigue siendo un Derecho de tipo fundamentalmente jurisprudencial debido a dos razones:

- Porque la jurisprudencia sigue orientando su desarrollo en ciertas esferas cuya importancia perdura, y
- Porque de otro lado, los juristas ingleses habituados a siglos de reinado de la jurisprudencia, no han sabido hasta ahora, liberarse del yugo de su tradición.

Esta vinculación con la tradición, supone una barrera para el Derecho Legislativo.

### 1.3.3 Forma de citar las leyes:

Las leyes usuales inglesas, se dictan sin indicación de su fecha exacta, mediante una breve indicación prevista por uno de los artículos de la propia ley; por ejemplo: Local Government act, 1948. Los artículos de las leyes denominados en inglés Sections, se citan mediante la letra S seguida del número del artículo. Los párrafos son Sub-Sections (Sub-s).

## 1.4. La Costumbre

### 1.4.1 La Costumbre General Inmemorial.

Junto a la Jurisprudencia y la ley, hay una tercera fuente constituida por la costumbre, cuya importancia es absolutamente secundaria y no puede compararse a la de las dos primeras.

El Derecho Inglés no es un Derecho Consuetudinario. La costumbre general inmemorial del reino sobre la que se asentó teóricamente el "Common Law", nunca pasó de ser una simple ficción concebida con el propósito de apartar de los jueces toda sospecha de arbitrariedad.

El Derecho era un Derecho esencialmente consuetudinario en Inglaterra con anterioridad a la elaboración del Common Law; este quizá tomase algunas de sus normas de las diversas costumbres locales que estaban anteriormente en vigor. Debe recordarse que la formación del Common Law, se establece a partir del año 1,066, cuando sucede en Inglaterra un hecho histórico de suma importancia: la conquista Normanda.

### 1.4.2 Costumbre locales o Comerciales

Actualmente la costumbre ha perdido toda su importancia en virtud de una norma que exige el carácter inmemorial de la costumbre para que esta sea obliga-

toria. Una ley del año 1.265 vigente todavía, ha precisado este requisito al decretar que la costumbre todavía ha precisado este requisito al decretar que la costumbre inmemorial era la existente en el año 1.189. Hoy por supuesto no se exige la prueba de tal antigüedad pero en Inglaterra una costumbre no se considera jurídicamente obligatoria si se prueba su inexistencia en 1.189.

La exigencia de ser inmemorial, sólo afecta a las costumbres locales pero no a las costumbres comerciales. La práctica reciente pone de manifiesto todavía la aparición ocasional de costumbres. Pero no obstante, la importancia de dichas costumbres es bastante limitada, tanto más cuanto que una costumbre pierde su carácter una vez que haya sido consagrada por la jurisprudencia.

### 1.4.3 Importancia real de la costumbre:

Aunque actualmente la costumbre no goza en el plano estrictamente jurídico de una importancia considerable, de hecho constituye un factor determinante de la vida inglesa, que afecta sensiblemente incluso a su regulación jurídica.

En materia constitucional por ejemplo, Inglaterra continúa siendo en muchos sentidos, desde el punto de vista del Derecho estricto, una monarquía absoluta; Los Ministros son **Comensales** de la reina, revocables a capricho, los navíos de guerra y edificios son propiedad de la reina, a los funcionarios se les pagan los sueldos *ex-gratia*, por condescendencia de su majestad. Sin embargo se presentaría un cuadro absurdo del derecho constitucional si nos limitáramos a considerar las normas del Derecho estricto sin tomar en cuenta las "convention on the constitutions", de una costumbre a la que la teoría no reconoce carácter jurídico pero que domina la vida política inglesa.

En materia penal ocurre lo mismo, en teoría el jurado por ejemplo, no es más que una institución a la que libremente puede acudir el juez para formar su opinión, no obstante, la costumbre impone de modo imperativo en diferentes casos acudir a ella. Para nuestra teoría del Derecho una costumbre así formada constituiría parte del Derecho, un Inglés, en cambio, evitará atribuirle carácter jurídico y preferiría considerarlo como una práctica usual, análoga a las convenciones constitucionales que nadie piensa evadir pero que en términos estrictos no constituyen Derecho.

Podrían darse otros ejemplos que resaltan la importancia real de la costumbre, por ejemplo en materia laboral las convenciones colectivas concluidas entre patronos y sindicatos, no son consideradas en Inglaterra como actos jurídicos, son simples compromisos de honor que carecen de naturaleza jurídica.

La vida social está dominada por ciertas formas de comportamiento que son tradicionales y que nadie pone en cuestión; estas reglas convencionales de conducta, así como las prácticas en que se inspiran, no son consideradas en sentido propio, ni como costumbre ni como derecho, debido a que no han recibido, ni parecen estar en condiciones de recibir, la sanción de los jueces.

## 1.5 La Razón

En sus orígenes el Common Law fue fundado sobre la razón, disimulada tras la ficción de la costumbre general del reino, en la medida en que no han sido formadas normas más precisas que otorgasen mayor certidumbre a las relaciones sociales, la razón sigue siendo la fuente inagotable a la que acudirán los tribunales a fin de colmar las lagunas del sistema jurídico inglés y para orientar la evolución del mismo. En este aspecto el principio que impera en el derecho inglés, no es distinto al que gobierna los países de derecho escrito: las normas jurídicas son formuladas con tal generalidad que la invocación de la razón se lleva a cabo generalmente en el marco de las fórmulas legales, en forma de aplicación e interpretación de dichas normas, de tal forma que la razón desempeña la función de eliminar las lagunas que puedan existir en el orden legislativo.

En el Derecho inglés, por ser un derecho jurisprudencial, la situación es totalmente distinta, el aspecto casuístico que asume en tal caso el derecho, deja subsistir concientemente numerosas lagunas, se reconoce a la razón la misión de actuar como una fuente subsidiaria del derecho destinada a colmarlas.

Darles importancia la razón equivale a dársela a los llamados principios jurídicos o principios generales del derecho que en un derecho como el de Inglaterra resultan del conjunto de las decisiones judiciales. Pero en definitiva, cuál es la razón de la que hablamos? buscar una solución razonable a un litigio, cuando no existe sobre es materia ningún precedente, ninguna costumbre obligatoria, significa ante todo buscar la solución más armónica con las normas jurídicas existentes y, por tanto, la que parece más satisfactoria habida cuenta de la preocupación básica de seguridad, temperada por la justicia fundamental en todo derecho. Buscar la solución dictada por la razón, no es en ningún caso resultado del arbitrario; según los propios juristas ingleses el mérito del Common Law consiste en haber sido, a través de los siglos, la perfección de la razón. La razón es la vida del derecho, no siendo el Common Law otra cosa que la razón. Esta razón no se puede confundir con el sentir difuso de justicia en que puedan comulgar los ciudadanos, se trata de la razón según es entendida por los jueces, con la preocupación básica de constituir un sistema de derecho coherente.

## 1.6 La Doctrina

Aun en mayor medida que en el resto del mundo, la doctrina ha sido subestimada en Inglaterra donde el derecho depende menos que en los demás ordenes jurídicos de los profesores, y más de los jueces; pero también aquí, así como cuando hablamos de la costumbre hay que desconfiar de las fórmulas simplistas, Inglaterra es el país en que ciertas obras doctrinales han recibido el calificativo de "Books of authority"; las obras de Glanville, Littleton, etc., han gozado de tal prestigio que han sido consideradas por los tribunales como exposiciones autorizadas del Derecho de su época, dotadas de una autoridad comparable a la que en otros países, tiene la ley. Desde que se produjo en el siglo XIX la liberación del formulismo, la misión de la doctrina se ha transformado y ha crecido; actualmente los estudiantes de Derecho reciben cada día más frecuentemente una formación universitaria, se



les proporciona una enseñanza que toma en consideración el Derecho Sustantivo y se da el hecho paradójico de que en la mayoría de las facultades inglesas no se enseñe el procedimiento. Por ello ha de producirse necesariamente un estado de espíritu nuevo en lo que respecta al modo de considerar la doctrina.

## 2. Las Fuentes Formales en el Derecho de los EE. UU.

### 2.1 Planteamiento del tema.

El Derecho de los EE. UU. es, a semejanza del Derecho inglés, un Derecho fundamentalmente jurisdiccional. Esta afirmación totalmente exacta cuando consideramos la estructura del Derecho y la propia noción de norma jurídica, debe ser matizada cuando se toman en consideración la importancia respectiva de la legislación y la jurisprudencia en el Derecho actual. Tanto en los EE. UU. como en Inglaterra el progresivo desarrollo de las tendencias dirigistas tienden a aumentar la importancia de la ley. Este fenómeno relativamente reciente en Inglaterra, no puede considerarse, sin embargo, como una novedad en los EE.UU.; encaja en una serie de hechos que desde la independencia americana han contribuido a poner en primer plano a la ley escrita. El hecho más importante es la existencia de una constitución federal acompañada de una declaración de Derechos que es la base de las Constituciones americanas y el fundamento de las libertades públicas de los EE. UU.

### 2.2 La Jurisprudencia

Antes de entrar en el estudio detallado de la jurisprudencia en los EE. UU vale la pena anotar que el Derecho de los EE. UU. y el derecho inglés desde el punto de vista estrictamente técnico tiene una diferencia en cuanto a los tribunales supremos y tribunales supremos de los estados: en los EE. UU. no se consideran vinculados a sus propios precedentes.

#### 2.2.1 La Organización Judicial

##### 2.2.1.1 Jurisdicciones Federales y Jurisdicciones de los Estados

La organización federal de los Estados Unidos implique jurisdicciones federales y jurisdicciones estatales. A diferencia de lo que ocurre en muchos estados federales los Estados Unidos han adoptado un sistema peculiar, las jurisdicciones federales pueden en muchos casos conocer en primera instancia.

Existen múltiples jurisdicciones laborales: Podríamos dividir las en dos grupos: Uno de ellos está constituido por las jurisdicciones federales tradicionales que podemos identificar como jurisdicciones federales de Derecho Común, en su base encontramos los tribunales de distrito; contra las decisiones de estos tribunales es posible recurrir ante las cortes de apelación, contra las decisiones de estas es posible recurrir ante el tribunal supremo de los Estados Unidos.

Existen un centenar de tribunales de distrito algunos de ellos con varias divisio-

nes, el tribunal cuenta con un máximo de 20 jueces, los jueces de distrito actúan siempre como jueces únicos, su trabajo lo preparan comisionados que en ocasiones pueden estatuir en su lugar. El tribunal supremo de los Estados Unidos conoce de unos 2.500 recursos por año, sin embargo sólo dicta sentencia en unos 150 casos aproximadamente, pues, en la mayor parte de ellos, no estima el caso suficientemente importante como para justificar su intervención, limitándose a declarar esta circunstancia.

Al margen de esta jerarquía que acaba de enunciarse, existen tribunales federales especiales, establecidos en virtud de diversas leyes federales; jurisdicciones que desempeñan el papel propio de jurisdicciones estatales en los territorios o distritos federales. Jurisdicciones competentes en los casos en que está envuelta la responsabilidad del estado, en materia fiscal, aduanas y patentes. En cuanto a las jurisdicciones de los estados, se dice que cada estado cuenta con su propia organización judicial; no puede intentarse ninguna generalización por lo que respecta a la organización judicial; en unos estados la jerarquía normal conlleva a dos escalones y en otras a 3. El tribunal que ocupa el vértice de la jerarquía se denomina en 39 estados Tribunal Supremo, en los restantes tiene denominaciones distintas; según los estados existen jurisdicciones excepcionales muy variadas, tanto en materia civil como en penal. En una decena de estados subsisten tribunales especiales de equidad.

#### 2.2.1.2 Relación entre los dos Ordenes de Jurisdicciones

En lo que concierne a la relación entre jurisdicciones federales y jurisdicciones estatales el principio básico es: competencia de las jurisdicciones de estado e incompetencia de las jurisdicciones federales. Sólo puede acudirse a las jurisdicciones federales en el caso en que la Constitución de los Estados Unidos o una ley del Congreso fundada en la constitución las declare competentes. Para que en cualquiera de estos casos el asunto sea de la competencia de las jurisdicciones federales, debe representar un interés de US\$ 10.000,00 como mínimo.

Aproximadamente el 95% de los asuntos son juzgados exclusivamente por jurisdicciones estatales; ahora bien, esta comprobación de orden estadístico requiere una precisión cualitativa: los asuntos que ocupan el primer plano de la actualidad política son juzgados generalmente por las jurisdicciones federales y pertenecen en cualquier caso, en última instancia, al tribunal supremo de los Estados Unidos.

#### 2.2.1.3 Descentralización del Poder Judicial

A diferencia del sistema inglés, en el cual la administración de justicia está concentrada en Londres, pues sólo en esta ciudad salvo excepciones que no vale la pena tener en cuenta, encontramos tribunales superiores, debido a razones históricas y geográficas evidentes, no ocurre así en los Estados Unidos donde no sólo existen jurisdicciones propias de cada estado, sino que existe una multiplicidad de jurisdicciones federales diseminadas por todo el territorio de la unión y no sólo en la capital federal. La concentración del poder judicial en Londres ha sido un factor decisivo en la elaboración del Commonlaw inglés, la dispersión en cambio, de la

justicia americana, plantea problemas desconocidos en Inglaterra y explica en parte que se hayan adoptado modos más flexibles de concebir la autoridad de las decisiones judiciales.

### 2.3 La Legislación

Las leyes de los Estados Unidos son de dos tipos: Leyes federales y de los estados. Entre las leyes federales ocupa un lugar destacado la ley fundamental de los Estados Unidos, es decir la Constitución, promulgada en 1787 y que representa para los americanos mucho más de lo que puede representar para un colombiano por ejemplo, la Constitución de su país. Inspirada en las ideas de la escuela del Derecho natural, fue concebida como una realización de la idea del contrato social, determina solemnemente los límites de los poderes reconocidos a las autoridades federales en sus relaciones con los estados y con los ciudadanos.

La multiplicidad de estado, así como la enorme complejidad de los problemas de la vida moderna hacen que exista una proliferación de leyes, lo que plantea un problema particular en los Estados Unidos puesto que esto pone en peligro la uniformidad del Derecho Norteamericano. A fin de hacer frente a ese peligro, se ha acudido a dos medios diferentes: el primero de ellos es crear leyes estatales uniformes, es decir, lograr un acuerdo entre varios estados para promulgar una ley uniforme, además nada garantiza que un texto uniforme sea interpretado de forma idéntica en todos los estados, fuera de ello, nadie se atreverá a modificar un texto sometido a crítica, por el temor de destruir una uniformidad penosamente obtenida; no se puede pues confiar mucho en este primer remedio. Un segundo remedio es el desarrollo del Derecho federal que consiste en que cada día hay más materias que son de competencia exclusiva del gobierno federal, pero la consecuencia negativa de esta tendencia es la menor independencia de los estados o lo que es lo mismo, una menor autonomía legislativa, lo cual riñe grandemente con las tradiciones propias de los Estados Unidos y también encuentra enormes resistencias.

## CAPITULO VIII

### ESTRUCTURA JERARQUICA DEL ORDEN JURIDICO

#### INTRODUCCION:

No todas las normas en un estado son iguales: tienen su origen, características, modo de creación y rango diferentes. Sabemos, por ejemplo, que las leyes tienen su origen en el Congreso, mientras que las sentencias tienen su origen en la Rama Jurisdiccional, sin embargo, todas las normas que componen un ordenamiento guardan entre sí una conexión formal, es decir, se dan en una articulación orgánica, formando un todo a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares. Ellas no están agregadas unas a otras en forma desorganizada, no están yuxtapuestas unas a otras en forma fortuita y caprichosa, sino que forman un todo unitario y conexo, un ordenamiento sistemático, cuyas partes, que son las normas, guardan entre sí, relaciones de subordinación y de dependencia unas con respecto a otras.

Cuál es el origen de esas relaciones de supraordinación y de subordinación y de ese orden jurídico o todo sistematizado? Es el principio llamado norma fundamental, que hace que haya unidad dentro de la pluralidad de normas que están en vigencia, y se ha dicho respecto a esa norma fundamental, que es un fundamento común de validez formal de las normas que están en vigencia y lo que hace que éstas pertenezcan a un determinado ordenamiento jurídico y no a otro.

De acuerdo con esto, un conjunto o pluralidad de normas jurídicas constituye un orden, un sistema, cuando la razón de ser o fuente de validez de todas las normas depende de una norma única, la cual recibe con referencia a las demás, el nombre de norma fundamental, y en la cual todas las demás normas se apoyan formalmente.

Debemos esta teoría a los maestros de la escuela de Viena Merkl y Kelsen, para quienes una de las principales y más interesantes características del Derecho es que él regula su propia creación:

“La forma como se crea una norma jurídica está determinada por otra u otras normas jurídicas, y por eso se dice que el Derecho es un sistema dinámico de normas”.

Así, por ejemplo, el modo de establecimiento de leyes ordinarias está regulado por la Constitución Nacional. La manera como se han de emitir los decretos reglamentarios está prevista en las leyes. Los contratos son válidos cuando han sido concluidos por personas que la ley declara capaces dentro del ámbito permitido por la ley y llenando las formas exigidas por ésta. Los procesos judiciales para dictar una sentencia se basan en la ley en los decretos reglamentarios. Las sentencias se fundamentan también en la ley, y cuando son de carácter civil, hacen aplicación también de las convenciones y testamentos.

Por tanto, el principio de conexión interna de un orden de normas jurídicas es una relación de fundamentación de unas normas en otras normas.

Una norma es válida y hace parte de un ordenamiento jurídico cuando fue creada cómo y por quién estaba autorizado.

Resulta entonces que cada parte del orden jurídico, que cada clase de normas, se apoya en otras partes de ese orden, es decir, en otra clase de normas de orden superior. Y, lo mismo, la totalidad del orden jurídico está construido en forma escalonada, en forma de estructura jerárquica, en que cada grado o escalón es fuente formal de validez de otro grado inferior.

El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma, de tal modo que la producción de una norma está regulada por otra. Y cada norma es fuente formal para la emisión de otros preceptos inferiores. La Constitución es fuente formal de la ley; ésta lo es de los decretos reglamentarios y así sucesivamente.

En síntesis, toda norma está reglamentada en su creación por otra norma superior y determina a su turno el órgano y el modo como deben crearse otras normas jurídicas inferiores.

Podemos indagar de cada norma cuál es su fuente formal de validez. Pero, al hacerlo llegamos a la constitución de un Estado y se nos plantea la pregunta: ¿Cuál es su fuente formal de validez?. Puede ocurrir que una Constitución vigente se derive de otra Constitución anterior, que fue modificada por el órgano y según los trámites establecidos en ella misma, de suerte que la nueva Constitución nació apoyándose por entero en lo previsto en la anterior. Esa constitución puede hacerse basado en otra aún más antigua; pero por fin se llegará a una Constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua, bien porque fue la primera Constitución de un nuevo Estado que antes no existía, bien porque nació a través de una revolución o de un golpe de Estado.

En suma, llegaremos a una Constitución Positiva que no se basó para su creación en ninguna otra Constitución Positiva previa. ¿Qué será entonces lo que fundamenta esa primera Constitución de un Estado?.

Para Recasens, el que esa Constitución tenga validez, el que sea Derecho positivo, es algo que no puede fundamentarse en puros argumentos jurídicos extraídos del propio sistema jurídico, porque precisamente la totalidad del sistema jurídico y todo cuanto de él se deriva se apoya en esa primera Constitución y en ella se agota. Para este autor la primera Constitución que crea un orden jurídico nuevo nace de un modo originario, es decir, nace sin apoyarse en un deber jurídico anterior, y no se apoya o porque es la primera Constitución de un nuevo estado, que antes no existía, o porque se trata de la Constitución que inaugura un nuevo orden jurídico porque el anterior caducó por un proceso revolucionario o por un golpe de Estado. La validez o fundamento de la Constitución que inaugura un nuevo orden jurídico no puede fundamentarse en razones jurídico-po-

sitivas, porque antes de ella no existe ninguna norma jurídica positiva.

Para Recasens, la justificación ha de buscarse en razones de tipo histórico, sociológico o político. Dice que el jurista al no encontrar tal norma de fundamentación supone la validez de esa Constitución Positiva.

Ese supuesto que construye el jurista se denomina norma fundamental o Constitución en sentido lógico-jurídico, la cual no se apoya en ningún precepto jurídico ni es hecha con base en un proceso jurídico específico. Para Recasens, esta Constitución Lógico-Jurídica, se deriva de hechos sociales efectivos y de hechos políticos, los cuales no pertenecen ni al campo del Derecho ni al campo del jurista; son hechos que pertenecen a la Sociología, la Historia y la Política.

El jurista puede estudiar esos hechos, pero no en su calidad de jurista, sino de historiador, político o sociólogo. Porque la ciencia jurídica tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas y esos hechos sociales en los que se fundamenta la Norma Fundamental, ya no son normas jurídicas.

La fórmula de tal supuesto es más o menos así:

“Se debe uno comportar como manda el órgano creador de la primera Constitución”.

O, “Aquello que ordene el órgano que estableció la primera Constitución será la base positiva del Derecho vigente”.

O, “Se debe obedecer a los mandatos del monarca”, (si se trata de una Constitución y régimen monárquicos).

O, “Sólo debe obedecerse a los legítimos representantes del pueblo”.

A este supuesto Kelsen lo denomina Norma Fundamental Hipotética o Constitución en sentido lógico-jurídico, y le dá a este último nombre para diferenciarla de la Constitución jurídico-positiva. La norma fundamental es tal desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Al decir que la Norma Fundamental es un supuesto, una hipótesis, nos referimos al punto de vista estrictamente jurídico. En efecto al Derecho le queda imposible verificar si esa norma Fundamental ha sido efectivamente puesta, si se basa en alguna cosa real, si verdaderamente existe, y por ello la tiene que suponer en la forma de una hipótesis.

La norma Fundamental no tiene un fundamento de validez jurídico porque no fue hecha con base en una norma jurídica.

Pero según Recasens Siches, aunque dicha norma Fundamental es en verdad para el Derecho, un supuesto, una hipótesis, no por ello carece de fundamento, lo tiene, ciertamente, pero de otra índole: no jurídica, sino histórica, sociológica, y

en última instancia, política. Es decir, la Norma Fundamental no tiene su fuente de validez dentro del Derecho sino fuera de él o, dicho con otras palabras, la base de la Norma Fundamental ya no puede ser otra norma jurídica, sino una razón de otra clase, razón que se fundará en unos determinados hechos sociales conjugados con unas estimaciones políticas.

Kelsen fue quien creó la teoría de la Norma Fundamental. Para él, tal norma es un mero supuesto, una mera hipótesis que construye el jurista en su afán de comprender el Derecho. Y la palabra hipótesis o hipotético tiene tres acepciones:

- a. Sentido vulgar: en sentido vulgar significa una tesis o hecho probable a verificar. Por ejemplo: hipótesis en geometría.
- b. En sentido lógico: es el juicio cuya enunciación depende de una condición que se halla fuera de la enunciación misma.
- c. En sentido Gnoseológico: significa el presupuesto o condición incondicionada de la validez del conocimiento jurídico, sin el cual este conocimiento no puede entrar en juego. En este sentido toma Kelsen el término Norma Fundamental hipotética. Ahora, para que todo razonamiento jurídico cobre sentido, es necesario que se dé como supuesto incontrovertible el acto del legislador originario.

Dicha Norma Fundamental, dicha hipótesis, para Kelsen, como elaboración que es del jurista, no es problema de tipo histórico, sociológico o político (es condición incondicionada, supuesto incontrovertible), ni es puesta en la realidad sino meramente supuesta, lo mismo que su validez porque no es creada de acuerdo con una norma jurídica superior ni según un procedimiento jurídico específico.

Para Kelsen, la tesis de Recasens, en el punto en que éste justifica la razón de ser de la Norma Fundamental en hechos sociológicos, históricos, o políticos presenta una contradicción, porque una cosa que es supuesto de una ciencia no puede ser algo puesto para otra cosa, es decir, no puede ser supuesto y no supuesto.

Sólo cuando una norma se crea de acuerdo con un procedimiento jurídico específico se puede decir que tiene validez formal dentro del orden jurídico, y como la Norma Fundamental no fue creada mediante un procedimiento jurídico específico, hay que suponer su validez formal.

Se pregunta Kelsen si la necesidad de plantear una hipótesis que dé unidad y validez a todo el ordenamiento jurídico será una limitación exclusiva de las ciencias normativas y del Derecho en particular o si en esa limitación se encuentran todas las ciencias. Y él mismo dice que todas las ciencias están en la misma limitación. Dice que siempre que se pregunta por el origen último del objeto de una ciencia, cualquiera que ella sea, hay necesidad de plantear hipótesis. Por ejemplo: las ciencias naturales describen muy bien los fenómenos que acontecen dentro de la naturaleza, no hacen más que plantear hipótesis que les dan unidad sistemática, igual que el derecho. Este describe muy bien las normas de un determinado orde-

miento jurídico, pero cuando se pregunta por el origen último de ese ordenamiento se tiene que plantear una hipótesis que le de unidad sistemática, porque más allá del orden jurídico no existe nada jurídico, es decir no se encuentran otras normas. El tener que plantear hipótesis es una limitación que caracteriza no sólo a las ciencias jurídicas sino también a las ciencias naturales.

Tratar de fundamentar dichas hipótesis en cosas que estén por encima de ellas, es, por una parte, quitarles su carácter de hipótesis en una forma anticientífica, y por otra, tratar de ver más allá de las cosas, cuestión ésta que ha sido un deseo insaciable del hombre. Presentar, según Kelsen, la Norma Fundamental como basada en hechos sociales es lo mismo que presentar la naturaleza como basada en lo sobrenatural. En el primer caso se hace depender lo jurídico de algo que no es jurídico. En el segundo, lo natural de algo que no es natural.

Este mismo autor dice, finalmente, que en una primitiva fase del pensamiento la ciencia (por tanto el hombre), intenta no sólo explicarlo todo sino explicarlo por todo, y que únicamente cuando el pensamiento avanza comprende los límites de la ciencia.

Para los iusnaturalistas la fuente de validez de la Constitución Positiva del Estado se encuentra en los principios básicos del Derecho Natural.

Por último, para algunos tratadistas, entre los que se destacan Aftalión, García Olano, y Vilanova, el orden jurídico nacional y su Constitución positiva se fundamentan formalmente en el orden jurídico internacional, y especialmente en la norma del Derecho Internacional General que establece que es válido todo orden jurídico nacional que sea eficaz. Pero entonces ya la Norma Fundamental no es hipotética sino positiva, puesto que no es supuesta sino puesta.

## 1. Que es un orden jurídico?

El orden jurídico es un conjunto, una estructura, un todo, es decir, es una reunión de partes vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria. El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales vinculadas entre sí por el principio de que el Derecho regula su propia creación. El sistema de normas que llamamos orden jurídico, es por ello un sistema de naturaleza dinámica.

Las normas jurídicas positivas no son válidas, porque ellas o la norma básica tengan un contenido justo cuya fuerza sea evidente por sí misma, es decir no son válidas por su valor intrínseco. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase: No hay ninguna especie de conducta humana que por su misma naturaleza no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. La validez formal de una norma jurídica positiva no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político, es decir, lo que hace que una norma sea jurídica no depende de lo que diga.

Una norma jurídica es válida formalmente y hace parte del Derecho vigente en



cuanto ha sido creada de acuerdo con otra norma jurídica superior y sólo por ello. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra norma jurídica de carácter superior, ésta última constituye la razón de ser y fundamento de la primera. Por lo mismo, la relación existente entre la norma que regula la creación de otra, y ésta, así creada, puede presentarse como un vínculo de supra o subordinación, es decir, como un vínculo de fundamentación y descenso. La norma que regula la creación de otra es superior jerárquicamente a la creada y ésta es inferior a la primera.

El orden jurídico no es, por tanto, un sistema de normas yuxtapuestas en forma desordenada, sino que en él se encuentran unas normas que se dan con respecto a otras en una verdadera jerarquía.

La unidad de las normas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo, se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación está también determinada por otra de grado aún más alto, hasta llegar a la norma básica o fundamental que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Esto hace que las normas sean compatibles unas con otras.

## 2. Los diferentes grados del orden jurídico

El orden jurídico y su estructura jerárquica en orden descendente puede presentarse en los siguientes términos:

### 2.1 Norma Fundamental (Constitución en sentido lógico jurídico).

A la Constitución en sentido lógico jurídico, cuya validez no puede derivar de otra norma superior, ni es creada de acuerdo con un procedimiento jurídico específico, la denominamos Norma Fundamental, la cual según Kelsen, es un supuesto o hipótesis creado por el jurista y corresponde a la necesidad de darle a las normas del Estado una unidad sistemática, según Recasens Siches, esa norma se basa en hechos sociales efectivos conjugados con determinadas estimaciones de tipo político. Para otros se basa en los principios del Derecho Natural. ✍

En dicha norma juega gran papel el principio de efectividad del Derecho, según el cual se considera como primera Constitución Jurídica positiva de un Estado aquella de la cual se deriva un orden jurídico eficaz en su conjunto. De tal principio resulta que es condición para la validez de un ordenamiento jurídico la circunstancia de que goce de un mínimo de eficacia social. Esta norma fundamental representa como fuente común el vínculo entre todas las normas que integran un determinado orden jurídico. Toda la función de esta Norma consiste en conferir el poder creador de Derecho, al acto eficaz del primer legislador y a todos los demás actos en él basados.

Admitida inicialmente su validez, es preciso admitir que es válido todo el ordenamiento jurídico que le está subordinado, puesto que es élla, la Norma Fundamental, la que le confiere su sentido de juridicidad. Sólo a partir de ella puede

considerarse el Derecho positivo como un sistema unitario. Hay que aclarar que la ciencia jurídica no afirma categóricamente la validez de la Norma Fundamental sino que dice que si élla es válida, también lo es todo el ordenamiento jurídico, es decir, las normas que de élla se desprenden.

## 2.2 Constitución en sentido jurídico positivo.

De la Norma Fundamental se deriva la Constitución en sentido jurídico positivo, esto es, el conjunto de normas que designan los órganos supremos del Estado, los estructura, señala los órganos competentes para la creación de normas generales y abstractas y determina el procedimiento formal que deben seguir estos órganos para la elaboración de tales normas. La Constitución, excepcionalmente, también determina el contenido que deben tener ciertas leyes, tal ocurre cuando ordena o prescribe, o cuando prohíbe que una ley tenga este o aquel contenido.

Son ejemplos de estos dos casos los artículos 217 y 29 de la Constitución Nacional, respectivamente.

Cuando la Constitución prescribe el contenido de una ley, no se prevén sanciones para que la ley sea efectivamente dictada por el Congreso. Por el contrario, cuando la Constitución prohíbe que una ley futura tenga determinado contenido, hay medios efectivos para hacer que la norma constitucional se cumpla. Tales medios son la anulación de una ley por un órgano distinto del que la dictó (artículos 214 y 216 de la Constitución Nacional.), o lo previsto en el artículo 215 de la misma (inaplicación de la ley por aplicación preferente del precepto constitucional).

Lo antes dicho supone que una ley no puede derogar ni modificar la Constitución por lo que aquélla está subordinada a ésta, y que para modificar o derogar la Constitución se requiere seguir un procedimiento distinto del que se sigue para la legislación ordinaria, bien sea porque se confíe su producción a un órgano legislativo especial, distinto del órgano legislativo ordinario, o bien porque se confíe al mismo legislador ordinario, pero imponiendo un procedimiento especial o determinados requisitos extraordinarios, que es lo que ocurre en Colombia, según el artículo 218 de la Constitución.

Las Constituciones modernas se dividen generalmente en dos partes:

- a. Dogmática:
- b. Orgánica.

En la parte dogmática, que surgió a raíz de la Revolución Francesa y de la declaración de los Derechos del Hombre, se consagran algunos principios de tipo político, que regulan los derechos fundamentales, de la persona, como son los de conciencia, de pensamiento, el de locomoción, inviolabilidad de domicilio, protección por las autoridades de la vida, honra y bienes de los habitantes; inviolabilidad de correspondencia, libertad de asociación, de religión, de huelga, etc.; no establecen derechos políticos tales como el de voto, el de elegir y ser elegido, el de igualdad de todos frente a las normas jurídicas, se determinan algunas obligaciones por

parte del Estado o algunas garantías sociales, respecto al trabajo, a la educación y derecho a la asistencia social. En nuestra Constitución esta parte se encuentra, de manera general, en los artículos 10 a 54 de la misma.

La parte orgánica es la que señala la forma del Estado y de Gobierno que se adoptan para la estructura de los órganos superiores del Estado, determina las funciones principales de los órganos competentes para crear normas generales y abstractas y fija el procedimiento que deben seguir en la creación de éstas tales órganos.

Cuál de estas dos partes es fundamental?. La fundamental es la parte orgánica, porque élla es la que dice cómo se estructura y organiza el Estado y cómo se dictan sus normas generales, y ésta es la función específica de una Constitución. La parte dogmática tiene por objeto hacer imposible que sus normas sean suprimidas o reformadas por la vía de la legislación ordinaria, por juzgarse que son de gran trascendencia. Pero puede haber constituciones que no tengan dicha parte.

### 2.3 Ley sólo en sentido formal

Se debe tener en cuenta que una ley o norma determina a una inferior de dos formas:

- a. Determinación formal, cuando dice qué órgano la debe crear y el procedimiento a seguir para ello.
- b. Determinación material, cuando señala qué contenido mínimo debe tener.

Las normas generales establecidas por vía legislativa representan un nivel inferior a la Constitución en el orden jerárquico del Derecho. Estas normas generales, que llamamos leyes, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, tales como Tribunales, jueces y autoridades administrativas. Los órganos aplicadores del Derecho deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar, asimismo, el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican el orden jurídico. Pero las leyes no sólo señalan los órganos judiciales y administrativos y los procedimientos correspondientes sino también, en forma general y abstracta, los contenidos que deban llenar las normas jurídicas individuales. En el Derecho Penal, por ejemplo, usualmente hay una norma general que determina con toda precisión el delito, al cual, en un caso concreto, los jueces deben enlazar una sanción, y señala también con toda precisión el mínimo y el máximo entre los cuales oscilará la sanción. De tal manera que el fallo judicial se encuentra predeterminado en gran medida por una norma genérica.

En este punto de la determinación hay una diferencia con la Constitución, porque ésta señala en forma general los órganos competentes para crear normas generales y abstractas y el procedimiento para ello, más no determina ordinariamente los contenidos de esas normas generales y abstractas. De acuerdo con éste, la Constitución determina las leyes formalmente, pero casi nunca materialmente. La ley determina a las normas inferiores tanto formal como materialmente.

Las normas del Derecho legislado, tienen, pues, una doble función: en primer lugar, determinar los órganos encargados de aplicar el Derecho y el procedimiento a que deben someterse al aplicarlo, y en segundo lugar, determinar, en una forma genérica, el contenido de los actos judiciales, y administrativos de tales órganos.

A las leyes que cumplen la primera función se les ha denominado leyes o normas adjetivas; y a las que cumplen la segunda, normas sustantivas. Como ejemplo de las primeras tenemos el Código de Procedimiento penal, el Código de Procedimiento Civil, el de Procedimiento Laboral, el Código de lo Contencioso Administrativo, etc. Ejemplos de normas sustantivas lo constituyen el Código Civil, el Código Penal, el Código Laboral, el de Comercio, etc.

## 2.4 Leyes sólo en sentido material.

Con respecto a las leyes sólo en sentido material podemos decir que pueden cumplir las dos funciones señaladas para las leyes en sentido formal.

### 2.4.1 En plano de coordinación con las leyes en sentido formal:

De las leyes sólo en sentido material unas se hallan en un plano de coordinación o igualdad con las leyes en sentido formal, porque hay algunas que no están subordinadas a leyes sino directamente a la Constitución. Estas son:

2.4.1.1 Decretos Legislativos que dicta el Presidente de la República con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional (en caso de estado de sitio). Estos decretos no pueden derogar sino sólo suspender leyes vigentes que son incompatibles con ese estado de sitio.

2.4.1.2 Decretos con fuerza de ley, que dicta también el Presidente con base en los artículos 80 (sobre el plan general de desarrollo Económico y Social) y 122 (Estado de emergencia económica y social). Estos decretos no sólo pueden suspender sino también derogar las leyes.

2.4.1.3 Reglamentos Autónomos o reglamentos Constitucionales, dictados por el Presidente en los casos que directamente autoriza la Constitución Nacional, como por ejemplo, en los previstos en los numerales 12 y 14 del artículo 120 de la carta. El numeral 14 se refiere a la intervención presidencial en el Banco de emisión y en las actividades de personas que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro privado. Tales reglamentos no se hallan subordinados a ley alguna, pues no se fundamentan en la ley sino en la Constitución misma.

### 2.4.2 En plano de subordinación a las leyes en sentido formal.

#### 2.4.2.1 Decretos leyes:

Dictados por el Presidente con arreglo a los numerales 11 y 12 del artículo 76

de la Constitución. Están subordinados sólo a la ley por la cual el congreso concedió la autorización no a otras.

#### 2.4.2.2 Decretos Reglamentarios

Están subordinados tanto a leyes en sentido material como a leyes en sentido formal. Un decreto reglamentario no puede existir sin que exista previamente una ley, por lo menos en sentido material, ya que su objeto es especificar más y mejor la ley, hacerla más viable para su aplicación, no puede exceder los términos de la ley que reglamenta, ni contradecirla.

Si se estudia la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico en Colombia, desde el punto de vista meramente administrativo, después de los decretos reglamentarios vienen:

#### 2.4.2.3 Las ordenanzas.

Que sólo rigen en el territorio del respectivo departamento y que no deben contradecir ninguna de las escalas anteriores del orden jurídico. Son dictadas por las Asambleas Departamentales. (Artículo 110 del Código de Régimen Político y Municipal).

#### 2.4.2.4 Decretos y resoluciones de los Gobernantes.

Que sólo rigen en el territorio del respectivo Departamento, y que no deben contradecir ninguna de las instancias anteriores del orden jurídico, incluso las ordenanzas. (Artículo 63 de la ley 167 de 1941) (Código Contencioso Administrativo).

#### 2.4.2.5 Acuerdos de los Concejos Municipales.

Los cuales sólo rigen en el territorio del respectivo Municipio, y que no deben contradecir ninguna de las normas anteriores. (Artículo 65 de la ley 167 de 1941).

#### 2.4.2.6 Reglamentos de los Alcaldes y otros actos de funcionarios o autoridades administrativas municipales.

Que están subordinados a todas las normas anteriores (Artículo 62 (2) L. 167/41).

Estos actos jurídicos de carácter departamental y municipal, que en general tienen el carácter de leyes en sentido material, en principio sólo determinan las sentencias dictadas en juicios donde intervengan entidades del Derecho Público de orden Departamental o Municipal, las cuales normalmente provienen de los Tribunales administrativos, y los contratos que se celebran en la administración Departamental o Municipal. Por lo tanto no determinan las sentencias de la justicia ordinaria ni los contratos celebrados entre particulares.

## 2.5 La Costumbre jurídica.

Como ya vimos, su validez depende de la ley, y así entonces, aparte de estar después de ésta, es claro que se encuentre subordinada a la misma, sea ley en sentido formal o ley en sentido material. Así por ejemplo, la costumbre *secundum legem* vale en los casos concretos en que la ley, sea en sentido formal o material, remita a ella. Por su función meramente integradora, si no hay remisión concreta de la ley hacia esta costumbre, no hay costumbre *secundum legem*. Respecto a la costumbre *praeter legem*, sabemos que su valor lo consagra la ley. Y respecto a la costumbre *contra legem*, es sabido que en general, los ordenamientos jurídicos modernos la rechazan pero en caso de que la ley le confiera algún valor, también la estaría subordinada aunque pudiera derogarla, porque su poder derogatorio lo derivaría de esa ley que le confirió valor.

## 2.6 Las normas jurídicas individuales.

2.6.1 El negocio jurídico, el testamento y en general todas las declaraciones unilaterales que produzcan efectos jurídicos, no tienen fuerza obligatoria por sí mismos, sino que ésta debe serles atribuida por una norma superior.

En el dominio del Derecho moderno normalmente es la ley la que le da fuerza obligatoria al negocio jurídico y al testamento. Aquella generalmente prescribe que hay que conducirse de acuerdo con éstos.

En Colombia por ejemplo, el artículo 1602 del Código Civil dice que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. El término ley usado en este artículo debe tomarse en un sentido figurado; se debe entender que los contratos tienen la misma fuerza obligatoria de la ley.

Respecto del testamento, los artículos 1009 y 1010 del mismo Código dicen que mediante tal acto una persona puede reglamentar la forma como le suceden en sus bienes.

Por eso, en el negocio jurídico o en el testamento puede decirse que las partes o el testador obran como delegados por la ley, y las normas que establecen esas partes o el testador son válidas siempre y cuando se hallan llenado las condiciones, requisitos y solemnidades señalados por la ley.

### 2.6.2 Las sentencias judiciales y las resoluciones de los Tribunales Administrativos.

Los grados inferiores en el sistema jurídico están constituidos por las normas de tipo más concreto e individual: Las sentencias judiciales y las Resoluciones de los Tribunales Administrativos. Ya sabemos que el papel que cumplen estas dos clases de normas es llevar a la práctica las normas generales y en ocasiones otras individuales, como el negocio jurídico y el testamento, y hacer que se apliquen efectivamente.

En Derecho Civil, Comercial y Laboral, entre la ley y la sentencia se interpone la norma creada en el negocio jurídico y en el testamento, y por lo mismo, la sentencia judicial cumplirá y aplicará no sólo lo prescrito en las normas generales y abstractas sino también lo prescrito en tales actos de Derecho Privado.

A la sentencia judicial no la afecta generalmente la norma de carácter Departamental y Municipal, pero si a la Resolución de los Tribunales Administrativos, la cual además de aplicar lo dispuesto por las normas de carácter nacional, debe hacer aplicación de estas normas jurídicas de carácter departamental y Municipal.

## 2.7 Ejecución material de las sentencias judiciales.

Finalmente, llegamos al último extremo de la cadena jurídica, a saber, el acto de ejecución material, en el cual se impone, si es preciso por la fuerza, el cumplimiento de un precepto jurídico generalmente individual.

Ej: Los actos de los agentes de la autoridad que practican la ejecución de una sentencia o de una resolución administrativa, o que evitan por medio de la fuerza la comisión de un delito.

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la mayor parte de los actos son a la vez actos de creación y de aplicación del Derecho. Aplican una norma de grado superior y crean una norma de grado inferior.

Sólo dos actos jurídicos no llenan estas dos funciones: ellos son la Constitución en sentido lógico jurídico, por cuanto ella no es aplicación de ninguna otra norma. Cumple sí la función de creación y por tanto es élla pura creación que nada aplica. Y el acto de ejecución material de las normas jurídicas, el cual no crea derecho alguno, siendo meramente un acto de aplicación.

## 3. Ubicación del Derecho Internacional dentro de la Jerarquía.

El Derecho Internacional general está comprendido por un conjunto de normas consuetudinarias establecidas por el comportamiento efectivo de los Estados y que buscan regular las relaciones entre los mismos. Una de ellas es el llamado Principio de la Efectividad, que puede enunciarse más o menos así: son conforme a derecho los hechos que se han consolidado con el paso del tiempo.

Otro de esos principios es el llamado PACTA—SUND SERVANDA, que literalmente significa "los pactos deben ser cumplidos".

Con base en él los miembros de la comunidad jurídica internacional celebran tratados que regulan su conducta recíproca. Estos tratados constituyen el Derecho Internacional Particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino sólo para las partes o Estados contratantes, que pueden ser dos o más. El Derecho Internacional Particular está subordinado al Derecho Internacional General, porque se basa en una de sus normas. (La Pacta Sunt Servanda).

Un tercer grado en el sistema jerárquico del Derecho Internacional lo constituyen las normas individuales o sentencias dictadas por Tribunales Internacionales u órganos análogos cuyas funciones se hallan establecidas por normas del Derecho Internacional Particular. Por lo mismo están subordinadas a éste.

Si se admite que no es Estado sólo el nuestro sino que a su lado hay muchos otros Estados y que no hay orden jurídico estatal único sino órdenes jurídicos estatales, coordinados, cuyos ámbitos de validez especial y personal se hallan jurídicamente delimitados, y así se considera que esta delimitación, para que sea efectiva, no puede hacerse individualmente por cada Estado, sino, por lo menos, por los Estados contiguos uno a otro entre sí, se admite entonces que el Derecho Internacional tiene por objeto, precisamente, coordinar y delimitar los diferentes órdenes estatales. Por lo cual se puede definir el Derecho Internacional como un orden jurídico superior al de los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica internacional.

El Derecho Internacional el ámbito espacial y personal de validez de los órdenes jurídicos estatales o nacionales, es decir, el Derecho Internacional es el que hoy en día determina el territorio y población de los Estados. Estos, por regla general, regulan el ámbito territorial no por normas internas sino por tratados internacionales. Ni en éstos ni en las normas internas se establece, por regla general, regulan el ámbito territorial no por normas internas sino por tratados internacionales. Ni en estos ni en las normas internas se establece, por regla general, cual es la población, pero es claro que consecuentemente, a la determinación territorial sigue la determinación del ámbito personal de validez.

La Constitución de algunos estados, exige como requisito para que un tratado se configure, el que el respectivo órgano legislativo del país dicte una ley por la cual se apruebe el tratado. Es lo que se denomina ratificación. Particularmente, la constitución Colombiana así lo exige (art. 76, No. 18 de la misma). Tal vez, por la cual se aprueba el tratado, no es más que una de las condiciones para la existencia del tratado, pero no es el tratado mismo, por lo cual no es dable considerar que el tratado se encuentra en el mismo plano de la ley que lo aprobó o que el tratado sea una ley. Y una vez dictada la ley, el tratado adquiere existencia propia y no puede ser cancelado unilateralmente ni por una ley interna posterior, sino por común acuerdo de los Estados que intervinieron en su formación.

Qué ocurre cuando el orden jurídico nacional contradice el Derecho Internacional Particular?. Este problema sólo afecta al tratado cuando éste debe ser aplicado internamente por los jueces nacionales del respectivo Estado. Y sólo puede ser resuelto por el Derecho Positivo de ese Estado.

La solución puede ser una de estas:

- a. El orden jurídico interno puede establecer que el Derecho Nacional tenga que ser siempre aplicado, aun cuando entre en conflicto con el Derecho Internacional Particular.



- b. También puede establecer que el conflicto habrá de resolverse de acuerdo con el principio de que la norma posterior prima sobre la anterior. En este caso los jueces tienen que aplicar una norma jurídica interna que contradiga a un tratado anterior, aun cuando de acuerdo con el Derecho Internacional General no haya sido aplicado o derogado por la norma interna, y la aplicación de ésta (la que contradice a la norma jurídica de Derecho Internacional) constituye así un acto antijurídico ilícito para el Derecho Internacional.
- c. Una tercera solución sería la siguiente: Que el orden jurídico nacional diga que se aplican de preferencia las normas jurídicas de Derecho Internacional. Esto es lo más técnico.

La ratificación como condicionantes del Derecho Internacional se refiere sólo al Derecho Internacional Particular, esto es, al compuesto por tratados, y no al Derecho Internacional General, al cual no afecta en nada si es o no aceptado por los distintos Estados, por esto podemos afirmar que el Derecho Internacional General está constituido por un plano superior de normas en las que fundamentalmente hallan su validez, tanto el Derecho Internacional Particular, a través de la regla *Pacta Sunt Servanda*, como el Derecho Interno de cada Estado, a través del denominado principio de la Efectividad.

Si nos preguntamos por la fuente de validez del Derecho Internacional General, teniendo en cuenta que sus normas se han establecido consuetudinariamente, concluimos que tal norma podría elaborarse en estos términos: La costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados constituye Derecho, y por tanto, los Estados deben conducirse en la forma como han solido hacerlo. Por lo anterior aceptando que el Derecho Nacional se base en una norma del Derecho Internacional General, podríamos suprimir la hipótesis constituida para darle validez al orden jurídico nacional, y decir que éste se basa en una norma de Derecho Internacional General.

Por lo mismo, el orden jurídico nacional se basaría en una norma jurídica Positiva del Derecho Internacional, en una norma puesta, no supuesta ni lógica, y la hipótesis construida sólo sería necesaria para fundamentar la validez del Derecho Internacional General.

Todo lo dicho hasta ahora modificar el concepto clásico de soberanía, es decir, de acuerdo con lo visto, decir que un Estado es soberano, significa que el orden jurídico nacional es un orden por encima del cual no hay orden jurídico nacional distinto superior. El único orden que podría considerarse superior al nacional es el orden jurídico internacional.

Por tanto, un Estado es soberano cuando su orden jurídico nacional no se halla subordinado sino tan sólo al Derecho Internacional.

Hay otra teoría que sostiene que el Derecho Nacional es superior al Internacional y que por encima de él no hay ningún otro orden jurídico (es la teoría de los países proimperialistas y nacionalistas exagerados).

Hay finalmente una teoría dualista que sostiene que el orden jurídico nacional y el internacional son órdenes separados, independientemente entre sí, que regulan materias enteramente diversas y que tienen fuentes completamente distintas. A esta teoría se apuntan la mayoría de los tratadistas actuales del Derecho Internacional.

#### 4. Plenitud Hermética del Orden Jurídico.

Contra la posición de algunos autores que tradicionalmente han sostenido que en el orden jurídico existen lagunas, o sea, situaciones no previstas en él y que sería necesario llenar a medida que las circunstancias muestren la conveniencia de hacerlo, debemos afirmar que el orden jurídico es pleno y que todos los casos no pueden presentarse se encuentran previstos en él, en forma tácita o expresa.

Si se medita el tema con detenimiento, se advertirá que la impresión de que exista lagunas proviene de considerar que el Derecho está constituido únicamente por leyes, es decir, por normas generales y abstractas. Pero hay que observar que el orden jurídico no está compuesto sólo por leyes o por normas generales y abstractas sino también por normas individuales. Y habrá que aceptar que en el Derecho no existen lagunas.

En efecto, la conducta de todo sujeto debe, necesariamente significar algo para el Derecho y si no es un acto lícito será un acto ilícito. Y tiene que ser lo uno o lo otro, porque no hay conducta vacía para el Derecho; no hay conducta que no representen nada para él.

En la medida en que el ordenamiento jurídico <sup>define</sup> defiere a la decisión de un órgano (Juez, Tribunal, Corte, Consejo de Estado), la determinación de la norma individual que ha de dar el preciso sentido jurídico de la conducta individual, y en la medida en que dichas decisiones y normas individuales hacen parte del ordenamiento jurídico, es evidente que éste no carece de precisiones respecto a cualquier caso individual ocurrente.

Sometido un caso individual a un juez, éste forzosamente, deberá dar la norma individual en su fallo, determinando el sentido del Derecho, ya sea condenando o absolviendo.

Todo caso posible en la vida jurídica, se encuentra regulado por el Derecho, y en última instancia, la sentencia judicial crea la norma aplicable al caso concreto, evitándose así la posibilidad de existencia de "lagunas".

En otros términos, dice Aftalión, no hay lagunas porque hay jueces que tienen que resolver todos los casos que les presenten. Esta doctrina se halla determinada por el principio general del Derecho que dice que los jueces no pueden dejar de fallar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las normas y que se halla consagrado por nuestra legislación en el artículo 48 de la ley 153 de 1887.

El juez que no falla se hace sujeto posible de sanciones.

En los casos denominados de lagunas, el problema que afronta el juez o la doctrina no es de orden lógico sino de naturaleza axiológica.

Esto es así especialmente en materia penal, en la cual, según el principio "no hay delito ni pena sin ley previa", los jueces colombianos se encuentran obligados a absolver en todos los casos en que los actos presuntamente delictuosos no se encuentren específicamente sancionados por la ley. Se produce entonces en estos eventos, una vivencia personal por parte del juez, de la aparente injusticia que significa dejar sin penal que ha cometido un acto repudiable, por el simple hecho de que ese acto no ha sido especialmente previsto por el legislador como delito. En estos casos se suele decir que se trata de una laguna de la ley, porque esta no contempla el acto en cuestión, pero en verdad lo que ocurre es que a la voz "laguna" se la asigna no un sentido jurídico y lógico sino un sentido axiológico, para dar a entender que media una omisión o diferencia del legislador, según los valores propios de quien hace la apreciación o de la sociedad en la que se realizó la acción injusta. Pero, aunque desde el ángulo de los valores haya mediado una omisión del legislador, no puede decirse que las leyes no contemplan el caso, porque le asignan tácitamente, al mismo, el signo de la licitud y es por ello precisamente que en estos casos, el juez tiene que absolver, aún cuando choque con sus propios valores.

Con lo dicho antes nos hemos puesto en contacto con un axioma que cierra y confiere plenitud al campo de lo jurídico, que lo podemos presentar así: Todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido. De acuerdo con este axioma, cuando se agota la búsqueda de norma en norma, de solución para un caso cualquiera, siempre queda en el fondo una última solución que es la de que el acto será permitido por el ordenamiento jurídico y quiere decir esto que los actos son en principio permitidos y que sólo son prohibidos en la medida en que así lo establece el ordenamiento jurídico. Este axioma está consagrado por el artículo 20 de la Constitución Nacional, y existiría aun cuando expresamente no estuviera así contemplado, porque es obvio que para que un acto resulte prohibido es necesaria la prohibición por parte de una autoridad y, por lo mismo, una norma jurídica que la prohíba.

El axioma contrario sólo es aplicable a los funcionarios públicos, según disponen el artículo 20 y el artículo 63 de la Constitución Nacional; esto sólo pueden hacer aquello que les es expresamente permitido u ordenado.

Como conclusión puede decirse que toda conducta tiene un sentido para el Derecho sea ese sentido una permisón o una prohibición. Los actos para el Derecho son necesariamente lícitos o ilícitos, y no puede haber actos que no tengan uno u otro sentido.

5. Posibles conflictos con normas de estratos diferentes (tomado de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen).

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforman a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional de una ley y de una sentencia judicial ilegal?. El Derecho Positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su carácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho implicara realmente una contradicción lógica, entre una norma superior y una norma inferior.

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener tal o cual contenido. Prescribe, además que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

Las normas de la Constitución referentes a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas (la alternativa tiene 2 términos. 1: Ajustarse a la norma superior y así la nueva norma será válida y así subsistirá y 2: No ajustarse a la norma superior y así la nueva norma será válida pero anulable) sin que ello implique que los términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes constitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto.

La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una

manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tiene un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un procedimiento especial.

Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ninguno la decisión tiene fuerza de ley aunque su contenido esté en oposición de la ley, y su validez resulta, paradójicamente de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establece para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una superior tiene, pues, carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero le es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable aunque permanece válido mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Sólo una norma válida puede ser anulable y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues solo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el campo del Derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nulidad "abinitio" o de una declaración nula, pero la anulación de la norma no es acto constitutivo sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo no se le encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen por el contrario, órganos centralizados para la creación y aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se le anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son ulos ab-initio que sea necesario anularlos, esto es lo que se denomina "inexistencia" y que en este curso llamamos nulidad o nulidad absoluta, por oposición o anulabilidad.

Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad?.

Sólo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico.

Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano para que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría un hecho existente y significaría por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el Rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho, adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta o inexistencia, es metajurídica.

Ej: de norma inexisten: Un "decreto reglamentario" expedido por un policía; o una reforma Constitucional aprobado por un Concejo Municipal.

Para afirmar que una norma es inexistente, debemos observar si a priori, con evidencia absoluta, el pensamiento que tiene la pretensión de ser norma, no lo es; especialmente por la falta de competencia de quien la dictó. Puede entonces afirmarse que la distinción entre existencia e inexistencia, pertenece al orden de la antología, pero no al Derecho.

**NOTA:** Para aclarar posibles confusiones, es preciso hacer una distinción terminológica: lo que en este capítulo hemos denominado nulidad, equiparándolo a inexistencia, no corresponde al concepto de nulidad que existe en el Derecho privado especialmente en el Derecho privado lo que allí se llama nulidad absoluta, nulidad relativa, nulidad parcial, etc., corresponde a lo que aquí denominamos anulabilidad.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito.

Si un simple particular pretende que hay una contradicción, esto no tiene ninguna importancia en el sistema de derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento en que la norma contradictoria es derogada.

## 6. La cuestión en el Derecho Colombiano

En principio, no hay normas nulas. Existen normas VALIDAS ANULABLES.

La anulabilidad de las normas generales que pugnan con la Constitución Colombiana está consagrada en los artículos 214 y 216 de la constitución Nacional, que determinan los órganos competentes para conocer de las acciones de anulación, las cuales en nuestro Derecho, se llaman de inexecutableidad. Dichos órganos son la Corte Suprema de Justicia y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 214 de la Constitución Nacional, confía a la Corte Suprema "la guarda de la integridad de la Constitución". El ejercicio de esta función se hace, en general, mediando una demanda de inexecutableidad de algún ciudadano. Pero, en otros casos la Corte conoce de oficio sobre la Constitucionalidad o inconstitucionalidad de algunas normas.

Veamos uno y otro caso:

### 1. Casos en los que la Corte tiene control automático (o de oficio).

a. Sobre los proyectos de la ley objetados por el Presidente de la República.

b. Sobre los decretos presidenciales dictados con base en los artículos 121 y 122 de la Constitución.

### 2. Casos en que el pronunciamiento de la Corte debe preceder demanda:

a. Sobre las leyes en sentido formal

b. Sobre los decretos leyes, dictados con base en los numerales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución.

c. Sobre los decretos con fuerza de ley (art. 80 de la Constitución).

Las normas declaradas inexecutableas desaparecen del ordenamiento jurídico.

El control de la Constitucionalidad de las demás normas expedidas por la rama ejecutiva del poder público, lo tiene la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Conformidad con los artículos 216 y 192 de la Constitución Nacional.

## BIBLIOGRAFIA

1. Aftalión, García Olano y José Vilanova. **Introducción al Derecho.**
2. Recasens Siches, Luis. **Vida humana, Sociedad y Derecho.**
3. Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho.**
4. Kelsen, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado.**