

Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia: problemas y desafíos a partir de la complejidad del sistema normativo y los medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades*

Configuration of the general clause of sources of law in Colombia: problems and challenges from the complexity of the regulatory system and the means of control of the activity of individuals and authorities

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

Universidad Libre Seccional Cúcuta
diego.yanez@unilibre.edu.co

DANIELA RAMÍREZ LÓPEZ

Universidad Libre Seccional Cúcuta
danielaramirezlopez95@gmail.com

DANIELA VALENTINA RANGEL ÁNGULO

Universidad Libre Seccional Cúcuta
danielarangel16@gmail.com

* Artículo derivado del proyecto de investigación “Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia a partir del sistema de medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades”, desarrollado en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Algunos resultados preliminares frente al objeto de investigación fueron publicados en Yañez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: De la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Academia & Derecho*, 10(19), 195-232. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6014>. El autor agradece la contribución al proceso investigativo como auxiliares de investigación a Fabián Andrés Montaguth Rincón y Miguel Eudoro Montaguth Rincón.

Resumen

El sistema normativo en Colombia y su problema en la aplicación por cualquier sujeto de derechos puede ser comprendido desde un contexto de crisis o de complejidad, dadas las múltiples tipologías de fuentes que necesariamente interactúan y, principalmente, a causa de la jurisprudencia, donde permanentemente se encuentra en tensión, además de la concreción de esa interacción, entre otros, el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad del derecho, los cuales resultan estructurales para cualquier sociedad políticamente organizada que se declare constitucionalmente como Estado social de derecho. A partir de esta crisis y complejidad y con fines de sistematización del orden jurídico, se propone en prospectiva la que sería una cláusula general de fuentes del derecho para Colombia.

PALABRAS CLAVE

Crisis; complejidad; fuentes del derecho; sistema normativo; jurisprudencia; derecho sustancial; derecho procesal; cláusula general de fuentes del derecho.

Abstract

The legal system in Colombia and its issue to be enforceable for any person, it may be known from a context of crisis or complexity, all about the various typologies of sources that mainly work according to case law, where they are constantly in tension, in addition to their concretion of that interaction, among others, the right to equal protection and the principles of legal certainty and predictability of law, all of them are the basis for any well-organized society that can be declared constitutionally as a rule of law. Based on this crisis and complexity and with the purpose of systematizing the legal order, a general clause of sources of law for Colombia is proposed.

KEYWORDS

Crisis complexity; sources of law; legal system; case law; substantive law; procedural law; general clause of the sources of law.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia el artículo 230 constitucional (Constitución Política, 1991) perfila los que se han identificado como criterios de la actividad judicial, catalogando a la Ley como criterio principal y a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares. Sin embargo, en la actualidad, ni aún para la función jurisdiccional quien es su única destinataria, el sistema normativo se aplica al tenor de la disposición constitucional, la cual en su texto dispone lo siguiente:

"ARTICULO 230. Actividad judicial. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Son diversas las causas que hacen que este contenido de la Constitución Política de Colombia (1991) sea meramente nominal (Loewenstein, 1970), es decir, no se corresponde su descripción con lo que sucede en la realidad, entre otras razones, porque:

- ▶ Limita el destinatario de estos criterios o fuentes al personaje exclusivo del juez o a la actividad jurisdiccional.
- ▶ Las fuentes que se enuncian son muy limitadas ante la búsqueda y el encuentro del derecho sustancial y procesal que podría o debe aplicarse en el momento de resolverse un asunto.
- ▶ Se adopta expresamente una clasificación de las fuentes formales, al enunciárseles como criterio principal o auxiliar, de modo que es imperativa la consideración de otras.
- ▶ La última reforma procesal en el ámbito civil, comercial, familiar y agrario, que a su vez es la disposición integradora del sistema procesal en Colombia (Ley 1564 de 2012), bajo una concepción de legalidad (art. 7), presentó por primera vez desde la ley en el sistema normativo una injerencia directa ante la disposición constitucional del artículo 230.
- ▶ La reforma procesal en el ámbito administrativo, como disposición especial (Ley 1437 de 2011) afectó paralelamente el sistema normativo para la Administración pública con la creación del mecanismo de extensión de jurisprudencia y el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, principalmente con la configuración de la sentencia de unificación.
- ▶ Se omite la consideración de la estructura y de los órganos del poder judicial y de la función jurisdiccional y la clasificación de la que es objeto la jurisdicción en Colombia conforme a la Constitución Política de Colombia (1991), la cual muestra, por lo menos, la existencia de cinco altas cortes, cuyos límites no son siempre precisos: la Corte Constitucional, el Con-

sejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura (ahora Comisión Nacional de Disciplina Judicial en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo de 2015, debiendo considerarse la actual problemática sobre su implementación) y la Jurisdicción Especial para la Paz con su Tribunal para la Paz.

- ▶ Se omite la consideración de las distintas tipologías de providencias que se profieren en esa compleja estructura y su necesaria e inevitable interacción, la cual oscila entre ámbitos de aplicación que deberían excluirse y la colaboración armónica.
- ▶ Se excluye o no se considera el sistema procesal a través de los medios de control (recursos, acciones y procedimientos) como variable que afecta o desde la cual, en efecto, se crea el sistema normativo a partir de lo dispuesto en el artículo 89 constitucional, debiendo considerarse, además, la integración en los sistemas regionales e internacionales en punto de protección de los derechos humanos y de cualquier otro asunto, tal como ocurre con la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el desarrollo del denominado derecho comunitario.

A partir de lo anterior, en nuestro contexto se ha mencionado este problema, aunque no con el detalle en causas identificado en esta introducción, en lo que podría entenderse como escenario de la crisis de las fuentes del derecho (“Foro sobre la crisis en las fuentes del derecho”, 2017), hecho que ha impulsado, incluso, la organización de eventos académicos. Asimismo, la doctrina internacional ha destacado este tema desde la crisis de la teoría de las fuentes jurídicas (Marrafón y Robl Filho, 2015), diagnosticándola incluso “desde el primado del jurisprudencialismo, el cual promueve una grave inseguridad jurídica que viola los principios estructurantes y fundantes del modelo de Estado democrático y social de derecho” (p. 128).

Otros estudios proclaman que “solo en los *Principios* se encuentra una fuente que podría catalogarse de anti crisis, o en otros términos, que nunca ha entrado en crisis, contrario a la *Costumbre* por ejemplo, que con ocasión de la globalización y el avance en las intercomunicaciones y el ciberespacio y, especialmente, para los asuntos mercantiles ha tenido serias afectaciones; asimismo la *Constitución*, la cual está en crisis dadas las múltiples reformas que se han acontecido para aterrizarla a la realidad nacional; o la *Ley*, que estaría en crisis dado su cambio en cortos periodos, en razón, entre otros, de la incorporación de contenidos foráneos que no valoran el contexto en el que se hará su aplicación; o los *tratados internacionales*, que estarían en crisis en la medida en que están sometidos a cambios vertiginosos, por lo cual no son firmes, pues dependen de la aceptación de que gocen entre los Estados; y finalmente la *doctrina* que también estaría en crisis, lo cual se evidenciaría desde los procesos de educación superior con los registros y acreditaciones de alta calidad académica que deben dar fin a las escuelas de garaje, al ser “sitios donde sin ningún control se imparte derecho como cualquier receta o manual, desde donde salen “mecánicos del derecho”, luego, son pocas las instituciones que se encuentran acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, lo cual ha llevado a un vacío de conocimiento que ha obligado incluso a que el juez se nutra solo de doctrinantes extranjeros” (Cabrera Suárez, 2011).

Esta crisis también se ha abordado desde otras perspectivas, en particular sobre el denominado derecho reglamentario, desde la labor de codificación y recopilación normativa que se hace principalmente a partir de la función administrativa (Montaña Plata, 2010), dada la cantidad de disposiciones existentes, vigentes o no, jerarquizándolas o no, midiendo su uso o eficacia o no, como procesos que, con la pretensión de remediar un caos jurídico imperante para un momento dado, finalmente lo que hacen es simplemente acumular si no se atiende a una adecuada y suficiente sistemática tanto en el fondo como en la forma, lo cual desdibuja sobre esa fuente final su carácter vinculante real (Moncada, 2017).

En todo este contexto de alegada existencia de una crisis en las fuentes del derecho, se contraponen nuestra tesis y propuesta, a partir de la cual no puede hablarse de crisis sino de complejidad del sistema normativo colombiano. Esta complejidad ha sido impulsada principalmente por la fuente formal de jurisprudencia, la cual se proyecta a todas las restantes tipologías de fuentes formales del derecho y, en ocasiones, con injerencia sobre su fuente material.

No es posible que, en el contexto de un declarado Estado de derecho como lo hace la Constitución Política de Colombia (1991), pueda concebirse una realidad de crisis respecto del sistema de fuentes del derecho, dado que significaría que la naturaleza misma de esta concepción se ha quebrado, circunstancia que no se exhibe, además, en nuestra actualidad dada la interacción de este con el principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, la tridivisión del poder público y el principio de colaboración armónica. Por el contrario, lo que sí es posible evidenciar es la realidad de un sistema normativo que es complejo, entre otras razones, por la ineludible interacción que se presenta entre las diversas fuentes, que, en la mayoría de los casos, tienen fuerzas vinculantes de distinta intensidad según el esquema tradicional que se ha definido para su enseñanza y comprensión, lo cual plantea tensiones complejas de resolver en el momento de su aplicación en los casos concretos, y dados los nuevos procesos de injerencia o interferencia que en materia de formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas se han generado principalmente desde la Corte Constitucional hacia la función administrativa o a partir de las exhortaciones que desde ella se hacen al poder legislativo (Yañez Meza, 2014).

Esta interacción, que para el caso colombiano se origina en la jurisprudencia, se inscribe o parte desde la estructura del poder judicial, la función jurisdiccional y la clasificación de la jurisdicción (Yañez Meza, 2013), la cual, a la vez que posee diversos órganos y jerarquías, racionaliza la competencia ante la naturaleza de los asuntos, aunque no sea perfecta en su delimitación entre las jurisdicciones especiales y la ordinaria. Por ello, los desafíos y problemas son tan prolíficos y significativos, dado que se presenta afectación de elementos estructurales del Estado de derecho, en la aplicación de disposiciones, tales como las que se dan sobre el derecho a la igualdad, el principio de seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del derecho, de modo que todos ellos son componentes esenciales del derecho fundamental al debido proceso.

Se ha indicado que, entre las fuentes formales del derecho, la jurisprudencia es aquella a la que predominantemente puede atribuírsele la responsabilidad de esta complejidad del sistema normativo, y esto es así por cuanto en ella se concreta la aplicación de cualquier disposición disponible, siempre y cuando se encuentre vigente y sea pertinente al asunto puesto a juicio, lo cual no es una operación sencilla en muchas ocasiones, aunado a que sobre ella la dosis de obligatoriedad y la forma en que debe emplearse para casos futuros se encuentra aún en evolución y con múltiples tropiezos en su aplicabilidad (Yañez Meza, 2019).

Esta es una operación que, en principio, no es tan cercana a la creación de cualquier otra fuente formal del derecho o de la forma en que la creación normativa se origina en el poder legislativo o ejecutivo, o de la actividad de los particulares. Lo anterior se demostró a través de un complejo estudio de casos, en el que tratándose de un mismo asunto el derecho sustancial o procesal no se encuentra en la ley ni en su disposición reglamentaria, sino en la jurisprudencia, tanto en la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral como en el Consejo de Estado en la Sala Plena y Sección Segunda; pero no solo en estas, sino también en providencias de la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte Constitucional (Yañez Meza et al., en prensa). Todo esto sin perder de vista la necesaria interacción e integración con otros sistemas, derivados de las relaciones internacionales, es decir, con las fuentes del derecho internacional público, y sobre las cuales es tal la complejidad que se ha sostenido y planteado por algunas investigaciones la existencia de dos jueces distintos (Yañez Meza y Yañez Meza, 2012).

Por esto, y en atención a que es a partir de la jurisprudencia de donde se debe enfocar e iniciar la configuración de la cláusula general de fuentes del derecho, sin distinción de la jurisdicción y especialidad, posteriormente se disertará y establecerá la posición de las otras fuentes formales, tales como los principios, la ley, los tratados internacionales, la costumbre, la equidad, la doctrina, entre otras tales como la jurisprudencia o casos contenciosos y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otras que se derivan del sistema normativo de la Constitución Política de Colombia (1991).

Con todo lo anterior, la propuesta de configuración de una cláusula general de fuentes del derecho pretende dar coherencia al sistema, dado el carácter meramente nominal del actual artículo 230 constitucional (sobre el cual es erróneo afirmar que ha sido o es nuestra cláusula general de fuentes del derecho en Colombia) y la insuficiencia de sus posteriores desarrollos, tales como el que se dispuso en el artículo 7 del Código General del Proceso, para la cual deben considerarse, además, las distintas críticas sobre la legitimidad de cada fuente y, consecuentemente, sobre su alcance ante la democracia, que no es solo la democracia representativa (Yañez Meza, 2016).

Esta propuesta considera piedra angular el sistema de medios de control de la actividad de los particulares y del poder público en general, es decir, todos aquellos recursos, acciones y procedimien-

tos que propugnan la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos u otros, frente a su lesión sin importar la naturaleza del sujeto que la cause. Asimismo, de la mano de la anterior consideración esta propuesta se sustenta en la ineludible integración de las diversas disposiciones procesales desde los ámbitos especiales de aplicación al ordinario o residual (Yañez Meza, 2017), dado que de ella se deriva también, y en relación con otras fuentes, el derecho sustancial y procesal que debe ser aplicado a un asunto conforme a su naturaleza y en consideración a un momento histórico determinado.

El problema jurídico se determina a través de la siguiente pregunta: ¿cómo se configura la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia desde el sistema normativo de la Constitución Política de Colombia (1991) y del sistema de medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades?

La cuestión planteada se resolverá en consideración al siguiente esquema:

- El poder público y el de los particulares como fuente material del derecho y su relación con la creación de fuentes formales
- Clasificaciones en torno a las fuentes formales del derecho
- Fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar
- Fuentes como criterio autónomo o como criterio dependiente
- Fuentes como criterio que implica obligaciones o como criterio que no implica obligaciones, Fuentes como criterio *soft law* o como criterio *hard law*
- Las fuentes formales del derecho y su legitimidad en un Estado democrático
- Los criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares
- El control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad, controles que se configuran a partir de fuentes formales
- El control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad, principalmente es jurisprudencial, pero no es ni puede ser exclusivo de la función jurisdiccional
- Las fuentes formales y su alcance: la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente
- En la jurisdicción constitucional
- En la jurisdicción contencioso-administrativa
- En la jurisdicción ordinaria

- Discusión en torno a la configuración de la sentencia de unificación en el sistema normativo colombiano
- Conclusiones¹

II. EL PODER PÚBLICO Y EL DE LOS PARTICULARES COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA CREACIÓN DE FUENTES FORMALES

El ejercicio de poder tradicionalmente se identifica con el que proviene de las autoridades, independiente de la rama del poder público a la que se integren. Sin embargo, no puede excluirse de esta realidad el ejercicio del poder que proviene de los particulares, independiente de la forma en que el poder privado se manifieste, por ejemplo, en condición de comerciante, trabajador, etc.

Así las cosas, y comprendiéndose el Estado como una estructura de poder, las interacciones sociales e individuales desde lo público y lo privado comprenden lo que se denomina fuente material del derecho, dentro de lo que puede contarse todo acontecimiento, tal como el de los conocidos como “pimpineros” o “comercialización o distribución de combustible sin observancia de las normas legales” en la frontera colombo-venezolana, pasando por la informalidad laboral con situaciones tales como la venta de productos en semáforos, la enfermedad derivada de eventos comunes o laborales, la decisión de construir una casa en un terreno adecuado o de una estructura en una zona de alto riesgo, y, en fin, todo hecho que tenga ocurrencia en un contexto dentro de una sociedad políticamente organizada.

Ahora, a partir de ese insumo que es la fuente material (la vida y cómo se vive), desde el ejercicio de este poder, público y privado, el Estado de derecho habilita que con aquellos se configuren diversidad de fuentes formales, entre las cuales pueden contarse principalmente las siguientes:

- Constitución
- Ley
- Costumbre
- Jurisprudencia
- Principios
- Equidad
- Doctrina

¹ El instrumento de investigación utilizado en el análisis estático y dinámico de la jurisprudencia fue la ficha de análisis jurisprudencial propuesta en Clavijo Cáceres et al. (2014).

- Acto administrativo
- Negocio jurídico
- Tratado internacional
- Cualquier otra expresión dispositiva

De esta manera, se relacionan algunas de las fuentes desde el ordenamiento jurídico interno, debiéndose considerar conjuntamente en el sistema al ordenamiento jurídico externo, bien se integre o no al denominado bloque de constitucionalidad. Así las cosas, se encuentra lo que constituye el sistema normativo colombiano, también denominado por algunos el ordenamiento jurídico, las disposiciones jurídicas o en términos procesales, los fundamentos de derecho, o las fuentes del derecho en Colombia.

III. CLASIFICACIONES EN TORNO A LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

Fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar

La Constitución Política de Colombia (1991) en el artículo 230 emplea la clasificación de fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar. En relación con la primera, identifica como criterio principal la ley, al consagrar que “los jueces, en sus providencias, *solo están sometidos al imperio de la Ley* [la cursiva es mía]”. Debe destacarse que desde esta disposición exclusivamente la ley es criterio principal.² Referente a la segunda, identifica como criterios auxiliares, en estricto orden, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina al disponer que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Debe precisarse que desde este artículo es plural la referencia de fuentes, de modo que son cuatro las mencionadas.³ En este sentido, una primera clasificación de las fuentes formales es criterio principal o criterio auxiliar. Salvo el referido texto constitucional, ninguna otra disposición en el sistema normativo colombiano utiliza clasificación alguna para sistematizar las fuentes, con lo que esta sería la única que se considera en este asunto. Sin embargo, deben proponerse otras que sin duda enriquecen la disertación.

Fuentes como criterio autónomo o como criterio dependiente

En nuestro concepto, una fuente será criterio autónomo en la medida en que no requiere otra para ser o, en otros términos, frente a su final (materialidad física o digital), la fuente se percibe de manera directa. Por ejemplo, la Constitución Política de Colombia (1991) es una fuente autónoma, to-

² Otras formas de denominación sobre esta clasificación son fuente principal o directa o titular.

³ Otras formas de denominación sobre esta clasificación son fuente auxiliar o indirecta, o complementaria o accesorio o suplente.

dos podemos tocarla, o bien como documento impreso, o bien como una página web o documento web, sin que sea imperativo relacionarla con otra fuente para nacer. En contraposición, una fuente será dependiente en la medida en que requiere otra para ser o, en otros términos, frente a su final materialidad física o digital, la fuente se percibe solo de manera indirecta. Por ejemplo, la equidad es una fuente dependiente, dado que no podríamos “tocarla”, o bien como documento impreso, o bien como una página web o documento web, solo si la relacionamos con otra fuente, en su caso, ya a través de la ley, ya a través de la jurisprudencia.

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, los principios, el contrato y el acto administrativo serían fuentes autónomas, mientras la equidad, la responsabilidad y la costumbre serían fuentes dependientes.

Fuentes como criterio que implica obligaciones o como criterio que no las implica

En nuestro concepto, del universo de fuentes formales, algunas alcanzan a configurar obligaciones y otras no. Naturalmente, al tratarse de obligaciones, se hace referencia a que en virtud de ellas se identifica la existencia de un sujeto activo, la existencia de un sujeto pasivo, el diseño de una prestación (que consistirá en un dar, hacer o no hacer), la posibilidad de un mecanismo de monitoreo que permita pretender el cumplimiento de esa prestación (que puede implicar una valoración económica directa o no).

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, la jurisprudencia, los principios, el contrato y el acto administrativo serían fuentes que implican obligaciones, mientras, como ocurre con la doctrina, entendida como los conceptos o las investigaciones que son realizadas por estudiosos del derecho y que logran la publicación de sus ideas, es una fuente que no implica obligaciones, ni podría ser generadora de obligaciones.

Piénsese, por ejemplo, en un reconocido texto sobre el proceso monitorio (Colmenares Uribe, 2019): no sería posible que algún criterio expuesto por este honorable profesor en su libro implique convocar a juicio a algún sujeto de derechos, menos aún que el sistema procesal diseñe un recurso, acción y procedimiento que permita pretender el cumplimiento de ese criterio.

Fuentes como criterio *soft law* o *hard law*

Una fuente se cataloga como *suave* o *dura* según si el mecanismo o trámite para su creación, reforma o extinción es agravado o no. ¿Esto qué significa? Una fuente será de *hard law* en la medida en que el trámite para la creación, reforma o extinción implique varias etapas, algunas más complejas que otras, con intervención de varios órganos o sujetos o sin ella. Una fuente será de *soft law* en la medida en que ese trámite para la creación, reforma o extinción implica varias etapas o no, algunas más complejas que otras, sin que en ella intervengan otros órganos o sujetos.

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, el contrato estatal, el acto administrativo, la costumbre, el acto jurídico y el tratado internacional serían fuentes *hard law*, mientras la jurisprudencia, los principios y la doctrina serían fuentes *soft law*.

IV. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO Y SU LEGITIMIDAD EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

La creación y el diseño del universo de fuentes formales es, y no podría ser de otra manera, resultado del Estado de derecho y, por supuesto, del régimen democrático que ese Estado de derecho habilita. Toda fuente formal por esencia es resultado de ese régimen democrático, debiendo ser este el punto de partida de todo análisis que sobre la legitimidad de alguna de ellas se formule. Ciertamente, en el contexto de un Estado democrático, los órganos que la Constitución y los mandatos que de ella se derivan al legislador, el Ejecutivo, el judicial y los particulares crean multiplicidad de estos, y algunos de ellos tienen una mayor identidad con la creación de fuentes formales, tal como es el caso del legislador y de su ley o el acto legislativo, de modo que es claro el componente democrático y, consecuentemente, la legitimidad de esta fuente; sin embargo, estas no son propiedades exclusivas de este órgano y sus fuentes formales. Se reitera: toda fuente formal es y debe ser reflejo del régimen democrático y, en consecuencia, esa fuente posee legitimidad.

La legitimidad de la fuente formal ley, por ejemplo, no se discute o se da por propia a partir de tres aspectos centrales:

- El Congreso de la República es el auténtico órgano de representación popular y de la voluntad general.
- Los congresistas son elegidos por sufragio universal y voto directo por el pueblo en virtud de la democracia representativa.
- En el Congreso de la República, se materializa directa y principalmente la función legislativa del poder público. Estas tres características hacen que la ley se revista de características tales como las de su carácter general, abstracto e impersonal, y, al condensar en una ficción indirecta la voluntad del pueblo, goza de legitimidad.

Igual razonamiento podría formularse referente a la Constitución y la Asamblea Nacional Constituyente: nadie discute la legitimidad de una constitución en cuanto es el resultado de una real manifestación de todos los sujetos en esa sociedad políticamente organizada que responde a todos o los mayores y más importantes problemas y necesidades sociales de ese contexto.

Por otro lado, desde la teoría tradicional en la tridivisión del poder, la función legislativa crea la ley, la ejecutiva ejecuta la ley y la judicial aplica la ley, de modo que desde esta perspectiva

es a partir de la ley que las otras dos funciones, la ejecutiva y la jurisdiccional, desarrollan sus actividades y materializan sus formas de expresión auténticas y no auténticas.⁴ Lo anterior podría justificar que el actual artículo 230 constitucional afirmara con tanta contundencia que “los jueces, en sus providencias, *solo están sometidos al imperio de la Ley* [la cursiva es mía]”, y que haya considerado exclusivamente esa fuente formal.

Por lo anterior, algunos podrían afirmar que la única fuente que goza de legitimidad suficiente o verdadera legitimidad es la ley como expresión de la función legislativa que se expide desde el Congreso de la República.⁵ No obstante, debe indicarse que esta es una posición parcializada, incompleta e incomprensiva del régimen democrático y el alcance de la democracia en la racionalización del poder público.

En el caso de la jurisprudencia, la disertación es de gran actualidad e impacto. Si se refiere a las altas cortes, por ejemplo, el caso de la Corte Constitucional, que es un análisis aplicable a toda la estructura de la función jurisdiccional, se ataca fuertemente su función en algunos asuntos, tales como la despenalización parcial del aborto, las corridas de toros, la legalización de las drogas, la adopción por parejas del mismo sexo, la consagración de nuevos sujetos de derechos o entes susceptibles de protección, etc.

Básicamente, se discute que el juez pueda emitir decisiones en estos asuntos, porque el ejercicio de esa función no goza de legitimidad y no tiene ese alcance que solo la democracia otorga. En este sentido, podrían alegarse tres aspectos centrales:

- La jurisdicción no es el auténtico órgano de representación popular y de la voluntad general.

⁴ Cuando se refiere a formas de expresión auténticas y no auténticas, se quiere significar aquellas formas en las que se materializa la función pública racionalizada, considerándolas de manera independiente y en virtud del principio de colaboración armónica. Por ejemplo, los jueces hablan o materializan su función de manera auténtica, a través de autos y sentencias; asimismo, una expresión no auténtica sería cuando ese juez expide un acto administrativo, en virtud de que también ejerce función administrativa.

⁵ Este razonamiento expuesto es el que en gran medida justifica la posición en virtud de la cual ciertos asuntos deben ser definidos exclusivamente por el legislador, no por algún otro órgano en la estructura del Estado, tal como la Corte Constitucional, hasta el punto de que en numerosos asuntos ha impulsado exhortaciones tanto a la función legislativa como a la administrativa. Tal es el caso en los asuntos: Sentencia C-473/94 (Corte Constitucional, 1994), Sentencia C-691/08 (Corte Constitucional, 2008), Sentencia C-230A/08 (Corte Constitucional, 2008), Sentencia C-577/11 (Corte Constitucional, 2011), Sentencia C-489/12 (Corte Constitucional, 2012), Sentencia C-792/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-528/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-532/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-274/12 (Corte Constitucional, 2012), Sentencia T-476/15 (Corte Constitucional, 2015), Sentencia T-306/16 (Corte Constitucional, 2016), Sentencia C-212/17 (Corte Constitucional, 2017), Sentencia SU218/19 (Corte Constitucional, 2019).

- Los jueces no son elegidos por sufragio universal y voto directo por el pueblo en virtud de la democracia representativa.
- En los jueces, no se materializa directa y principalmente la función legislativa del poder público, sino la función jurisdiccional que aplica la ley.

Bajo esta argumentación, aunque estos aspectos son válidos, resultan ser una visión, se reitera, parcializada e incomprensiva del régimen democrático y del alcance de la democracia en la racionalización del poder público, dado que la democracia no es solo lo que esa tipología representativa significa.

Que la función jurisdiccional posea una dosis muy reducida o ninguna respecto de su integración en virtud de los contenidos propios de la democracia representativa y directa no significa que esa actividad y sus decisiones sean faltas de democracia, menos aún antidemocráticas, y aún menos que carezcan de legitimidad en los términos en que sí se le reconoce a la función legislativa.

La postura que le resta legitimidad a la función jurisdiccional porque sus dignatarios no son elegidos por voto popular como muestra de la democracia representativa y directa desconoce que la democracia posee variopintas tipologías, entre ellas la democracia participativa, pluralista, constitucional, directa, industrial, económica, societaria, internacional, política, procedimental, deliberativa, que afectan no solo los mecanismos de designación de las autoridades considerando toda la estructura del Estado, sino también el diseño procesal de los procedimientos, acciones, recursos, etc., que esas autoridades u órganos u sujetos utilizan en el ejercicio de su poder y desarrollo de sus funciones.

En este sentido, si bien el sistema de designación de los jueces no se realiza mediante el sufragio universal y directo propio de la democracia representativa, esta sí se realiza como resultado de la democracia sustancial, en virtud de la cual “las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso” (Corte Constitucional, Sentencia C-105/13, 2013). Ciertamente, no es posible que toda designación de quienes poseen una función pública se haga por sufragio universal y directo, y dada la naturaleza del cargo y la materia de la función, “la garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y finalidad de la actividad estatal”, por lo que esos sistemas de designación y elección que se acompañan de ciertos diseños procesales son materialidad de la democracia sustancial y procedimental.

Con todo esto, la función jurisdiccional es democrática y sus decisiones gozan de equivalente legitimidad en virtud del régimen democrático que el Estado de derecho colombiano habilita, no en virtud de la democracia representativa en una dosis definitoria, sino por razón de la dosis de la democracia sustancial y procedimental que la respalda.

Además, la legitimidad de la fuente formal jurisprudencia como forma auténtica en que se materializa la función jurisdiccional, se soporta, además, entre otras (Yañez Meza, 2016), en la tipología de la democracia constitucional y, derivada de ella, en la motivación de la providencia judicial, dado que “el juez o cualquier otra autoridad, no puede, de manera legítima, sustentar sus decisiones en afirmaciones carentes de motivación, dado que ello constituye una conducta arbitraria y contraria a los postulados básicos del Estado social de derecho” (Corte Constitucional, Sentencia T-713/99, 1999). Si una jurisprudencia que como género identifica a la providencia judicial y como sus especies al auto o la sentencia no se motiva, se está enfrente de un problema de relevancia constitucional por configuración de una decisión antidemocrática e ilegítima, por desconocimiento de la democracia constitucional.

Ampliando este razonamiento a cualquiera de las fuentes formales, se concluiría que todas gozan de legitimidad en virtud de una u otra tipología de democracia, que todas surgen en virtud del régimen democrático y del Estado de derecho que la Constitución habilita. De tal forma que todo asunto podría ser abordado desde cualquiera de las funciones que racionalizan el poder público, o bien en el acto administrativo, o bien en la jurisprudencia o la ley, de modo que es discutible que, por la sola naturaleza del asunto, tal como ocurre en los eventos mencionados (despenalización del aborto, etc.), se afirme que uno u otro sujeto no puede o no debe decidir sobre *x* asunto, a menos que en virtud de un catálogo de funciones esté expresamente atribuido. La dificultad en la actualidad es que en virtud de que los problemas todos pueden tener alcance constitucional, el litigio constitucional atempera o en la práctica hace desaparecer ese tipo de disposiciones, sobre las cuales, y por lo general en el asunto, deben intervenir pluralidad de sujetos y donde los criterios son múltiples y complejos desde lo cultural, lo científico, lo técnico, lo artísticos, lo jurídico, etc., dado que son asuntos de consideración multidisciplinar.

Finalmente, podría objetarse, por ejemplo, el carácter democrático y la legitimidad de la fuente formal doctrina, dado que no nace con intervención directa ni indirecta de ninguna autoridad pública, ni privada. Con todo, se considera que esto no resulta acertado en la medida en que en esta, y en virtud de la dosis de democracia deliberativa que en ella podría encontrarse, se asegura que los asuntos sean públicamente discutidos, permitiendo advertir las distintas razones que justifican una determinada decisión, haciendo accesible el debate, la actualización y que sean no solo conocidas, sino llevando una mejor comprensión del derecho a la sociedad.

V. LOS CRITERIOS DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL, ADMINISTRATIVA, LEGISLATIVA Y DE LOS PARTICULARES

El artículo 230 constitucional establece puntualmente los criterios de la actividad judicial en los términos que ya han sido descritos, de modo que la única disposición que expresa y especialmente le dice a la función jurisdiccional cómo debe operar la aplicación de las fuentes formales en el

momento de materializar su función en el auto o la sentencia. No existe en el texto constitucional disposición que le sea equiparable.

Así las cosas, no se encuentra una disposición que describa puntualmente los criterios de la actividad administrativa, los criterios de la actividad legislativa, ni de la actividad de los particulares. Al respecto, son varios los cuestionamientos que pueden hacerse:

- ¿Son distintos los criterios de la actividad judicial de los de la administrativa, legislativa y la de los particulares?
- ¿Los criterios de todas las actividades son o deben ser los mismos? Luego simplemente debe decirse que son los mismos para todas.
- ¿Es necesario y útil que estos criterios sean definidos?
- ¿Estos criterios deben ser definidos por la Constitución o por la ley, o por cuál otra fuente formal?

Se trata, entonces, de cómo debe operar la aplicación de las fuentes formales en el momento de materializar la función pública, en otros términos, respecto de cómo habla o se toca la función jurisdiccional en el momento de expedirse un auto o una sentencia, o la función administrativa en el momento de expedir el acto administrativo o el contrato estatal, de configurarse el hecho, la omisión o la operación administrativa, y, finalmente, respecto de la función legislativa al expedirse la ley o cualquiera otra de sus expresiones dispositivas. Igual razonamiento operaría respecto del poder privado y la actividad de los particulares.

A partir de este contexto, tanto la actividad jurisdiccional como la ejecutiva y la de los particulares, disponen y deben disponer de equivalentes criterios, de modo que es solo la actividad legislativa la que tendría consideraciones especiales. Sin duda, la función jurisdiccional, administrativa y de los particulares está absolutamente ligada a la aplicación de las fuentes formales, aspecto del cual se distancia la actividad legislativa, la cual se nutre principalmente de la fuente material. Por supuesto, independiente de la actividad, el ejercicio del poder público o privado debe reconocer la Constitución, y como tal es una fuente formal común a todas las funciones. Ahora, respecto de las restantes podría considerarse que no serían criterios de la actividad legislativa: ¿la ley como criterio para la expedición de la ley?

Sobre este último punto se considera que también constituyen criterios. Por supuesto, una ley anterior es criterio para la expedición de una nueva Ley, piénsese, por ejemplo, respecto del reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales, sobre los que se llega a cierto nivel de protección y no podría desmejorarse; luego, se cumple la hipótesis. De igual forma, son múltiples

los casos en los que subreglas jurisprudenciales se han vuelto reglas dispuestas en la ley; luego, es claro que la jurisprudencia también se constituye en criterio de la actividad legislativa.⁶

En consecuencia, hay un común denominador en los criterios para el ejercicio de todas estas actividades y funciones; luego, es factible que pueda configurarse una cláusula general del sistema normativo (Yañez Meza y Guerra Moreno, 2020).

VI. EL CONTROL DE LEGALIDAD, DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD: CONTROLES QUE SE CONFIGURAN A PARTIR DE FUENTES FORMALES

Los diferentes tipos de control de la actividad del poder público y privado se han configurado a partir de la identidad con una fuente formal. Así, el control de legalidad utiliza como parámetro de control la ley, el control de constitucionalidad a la Constitución y el control de convencionalidad a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).⁷

Estas tres fuentes formales son las que justifican el control de toda actividad, que se ejerce dada la desatención o incumplimiento a lo que esas fuentes formales disponen, o dada la permanente tendencia a extralimitarse en la actividad que se ejerce, bajo la convicción, quizá, de que se tiene más poder o una mayor legitimidad en un momento dado, y ello permite esa transgresión.

Ahora, sin duda, entre estos tres tipos de controles existe una jerarquización, lo cual hace que en el orden interno haya una prevalencia del control de constitucionalidad sobre el de legalidad; por supuesto, toda norma del ordenamiento interno debe reconocer la Constitución, incluso la ley y toda otra expresión del sistema normativo debe hacer ese reconocimiento para que no haya una incompatibilidad que lleve a una declaratoria de inexecutable o inconstitucionalidad de la disposición, o a una declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, o a una declaración de tutela de los derechos fundamentales.

Debajo del control de legalidad no hay otro que jerárquicamente permita seguir descendiendo en ese escalafón. De tal forma que este se proyecta a todo el ordenamiento jurídico y gobierna cualquier expresión dispositiva que exista en el sistema normativo o que eventualmente se configure,

⁶ Otra hipótesis se presenta en cómo la jurisprudencia es criterio de la función administrativa. Como ejemplo se tiene la expedición del protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado *Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del Estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana* (Decreto 3 de 2021), el cual fue expedido a partir de las órdenes definidas en un proceso constitucional de tutela, particularmente en la segunda instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (STC7641, Corte Suprema de Justicia, 2020).

⁷ Tratado internacional aprobado por el Congreso (Ley 16 de 1972).

independiente de la función y la actividad que se esté ejerciendo desde lo jurisdiccional, lo administrativo, lo legislativo y los particulares.

Por su lado, el control de convencionalidad saca del ordenamiento interno al sistema normativo colombiano y lo pone de frente al ordenamiento externo, por lo menos en relación con la materia que ese control posee. Ahora, respecto de si existe o no una jerarquización entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, la integración del sistema normativo externo en el orden interno en esta materia se resolvió por la Corte Constitucional a través del concepto de *bloque de constitucionalidad* (Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, 1995), de tal forma que en rigor jurídico no hay una prevalencia, aunque en la práctica como producto de ese control es indiscutible que, al haberse ordenado por la Corte IDH, entre otras, por ejemplo, la adecuación del ordenamiento jurídico interno (Caso Petro Urrego vs. Colombia), se hace factible afirmar que existiría una prevalencia del control de convencionalidad sobre el de constitucionalidad y legalidad.

Ciertamente, debe ser claro que tanto el control de legalidad como el de constitucionalidad son expresión exclusiva de la soberanía normativa del Estado colombiano, mientras el control de convencionalidad no lo es, si se considera que más bien implica cierto grado de cesión, aunque sea en virtud de un tratado y de órganos y procedimientos que este diseñe para su desarrollo. Lo anterior implica que este tipo de control es expresión no exclusiva, sino de cierta forma compartida, al haberse sumado para su creación varios Estados en lo que es el “consenso internacional”.

Finalmente, es clave considerar sobre estos controles los mecanismos de monitoreo que permiten el cumplimiento de la decisión o disposición que termina expidiéndose por la función correspondiente, mecanismos cuya efectividad frente a la garantía de los derechos y el tiempo que transcurre en esa consecución definen significativamente el control en sí mismo. Estos mecanismos de monitoreo al sistema normativo interno y externo en su integración son disímiles no solo en su denominación, sino también en su efectividad. Un mecanismo de monitoreo en el derecho interno, por ejemplo, frente a la acción de tutela de los derechos, sería el incidente de desacato; a su tiempo, un mecanismo de monitoreo en el derecho externo sobre una opinión consultiva expedida por la Corte IDH sobre Colombia sería, en principio, inexistente desde el derecho internacional, llegando a ser tan efectivo como el mismo ordenamiento interno vaya diseñando mecanismos que conminen a su cumplimiento.

VIII. EL CONTROL DE LEGALIDAD, DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD PRINCIPALMENTE ES JURISPRUDENCIAL PERO NO ES NI PUEDE SER EXCLUSIVO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función de control sobre las actividades y decisiones que surgen con ocasión del ejercicio del poder público y privado es, por esencia, y se encomienda a la función jurisdiccional, sin embargo, no implica que le sea exclusiva. Sin duda, el control que se configura a partir de las fuentes formales enunciadas se extiende a todas las formas en que ese poder se materializa en sus decisiones.

A partir de lo anterior cabe cuestionarse: ¿un alcalde o gobernador debe aplicar control de convencionalidad en el momento de expedir un acto administrativo?, ¿el Congreso debe acatar el derecho convencional que se va creando en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH)?, ¿el juez civil, contencioso-administrativo o penal debe decir el derecho desarrollando el contenido de esa convencionalidad? La respuesta sería afirmativa, más aún, si se considera el funcionamiento de las fuentes en el Estado de derecho como un sistema y la razón mencionada respecto de la existencia de un común denominador en los criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares.

VIII. LAS FUENTES FORMALES Y SU ALCANCE: LA PRETENSIÓN DE GENERALIDAD DE LA FUENTE Y LA PROYECCIÓN DEL CASO PASADO AL ASUNTO PRESENTE

Este aspecto resulta angular para explicar la operancia actual del sistema normativo y perfilar la configuración de la cláusula general. Describiendo en una gran proporción y una a una las fuentes que se configuran en el ejercicio de la función jurisdiccional, el análisis se describe a continuación.

En la jurisdicción constitucional

Actualmente, en la jurisdicción constitucional se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 1):

TABLA 1. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Providencia	Tipología
Sentencia de constitucionalidad	C
Sentencia de tutela	T
Sentencia de unificación	U
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (Sala de Revisión)	A-SR

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de constitucionalidad (C), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad

- Se expide por Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual está integrada por nueve magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada constitucional

La pretensión de generalidad⁸ respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así que lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si este aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,⁹ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (C), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto de la sentencia de tutela (T), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control concreto de constitucionalidad
- Se expide por una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, la cual está integrada por tres magistrados
- Su alcance es *inter partes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁰ respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de no 100. Nótese cómo a partir de esto se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo y si “se debe o no” considerar y si ese aspecto define

⁸ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

⁹ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad, y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁰ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia “debe seguirse”, es un aspecto que cambia en esta tipología dado que esa escala, con disímiles criterios, oscilaría entre 1 y 99. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹¹ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (T), la reflexión cambia, aunque también se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y, a pesar de ser la interpretación más autorizada, no se considera que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto de la sentencia de unificación (U), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control concreto de constitucionalidad
- Se expide por la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual está integrada por nueve magistrados
- Su alcance en principio es *inter comunis*
- Su efecto es el de cosa juzgada

Sobre esta tipología de providencia debe considerarse que, en principio, se trata de un asunto que llega a la Corte Constitucional como un caso que será decidido a través de una sentencia (T), es decir, por la Sala de Revisión, pero que, básicamente, en atención a la naturaleza del asunto, el magistrado ponente decide llevarlo a Sala Plena. Ahora, ¿cuál es el propósito de que sea llevado a Sala Plena y que no sea decidido por la Sala de Revisión? En nuestro concepto, sin duda, el fin es aumentar la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente. Si el trámite no se viera afectado por el hecho de ser llevado a Sala Plena y decisión en sentencia de unificación, se aplicaría al caso lo dicho para la sentencia (T), sin embargo, al adoptarse este otro trámite y emitirse la providencia (U), puede considerarse lo siguiente:

La pretensión de generalidad¹² respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expres-

¹¹ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹² La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

sión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹³ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (U), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto del auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto o concreto de constitucionalidad
- Se expide por la Sala Plena o por alguna de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Sobre esta tipología de providencia debe considerarse que son decisiones que se expiden con ocasión de la iniciación del proceso en búsqueda de la sentencia, pero que no deben limitarse solo a este escenario, dado que, especialmente en la jurisdicción constitucional, luego de ella se profiere importantes autos, entre otras, en hipótesis tales como la que conduce a la nulidad de las sentencias o con motivo del mecanismo de monitoreo de la Sala de Seguimiento referente a declaratorias formales de un Estado de cosas inconstitucional.

De tal forma que, en estas providencias, se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial constitucional, por lo que la consideración sería en el caso de las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (C) y (U), y para el caso de las providencias (A-SR), lo dicho para las decisiones (T).

En la jurisdicción contencioso-administrativa

Actualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa, se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 2):

¹³ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

Continúa...

TABLA 2. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Providencia	Tipología
Sentencia de nulidad por inconstitucionalidad	NPI
Sentencia de control inmediato de legalidad	CIL
Sentencia de nulidad	N
Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho	NRD
Sentencia de nulidad electoral	NE
Sentencia de reparación directa	RD
Sentencia de controversias contractuales	CC
Sentencia de repetición	R
Sentencia de pérdida de investidura	PI
Sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos, sentencia popular	PDIC-P
Sentencia de Reparación de los Perjuicios Causados a un Grupo	RPCG
Sentencia de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos	CNFMLAA
Sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción	NCNRAI
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (sección o subsección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo)	A-SEC A-SUB

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de nulidad por inconstitucionalidad (NPI), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto de constitucionalidad
- Se expide por Sala Plena del Consejo de Estado, la cual está integrada por 31 magistrados
- Su alcance es erga omnes
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁴ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹⁵ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (NPI), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de control inmediato de legalidad (CIL), se aplicaría un análisis equivalente al expuesto sobre la sentencia (NPI), aún en tratándose de las sentencias CIL que son proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos, por el ámbito territorial correspondiente¹⁶.

Es relevante destacar acá que las providencias (NPI) y (CIL) son providencias que implican procesos equivalentes al que finalmente resulta en la sentencia (C) de la jurisdicción constitucional, con una única diferencia y es que ni la sentencia NPI ni la sentencia CIL tienen efectos de cosa juzgada constitucional, dado que “solo” poseen efecto de cosa juzgada.

En cuanto a la sentencia de nulidad (N), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control abstracto de legalidad
- Se expide por cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 27 magistrados: en la sección I, cuatro; la sección II se divide en dos subsecciones cada una con tres magistrados; la sección III se divide en tres subsecciones cada una con tres magistrados; en la sección IV, cuatro magistrados, y en la sección V cuatro magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

¹⁴ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁵ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁶ Al respecto, las disposiciones relevantes son los artículos 136, 151 y 185 de la Ley 1437 de 2011.

La pretensión de generalidad¹⁷ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹⁸ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (N), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho (NRD), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 27 magistrados
- Su alcance es *inter partes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁹ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de no 100. Nótese cómo a partir de esto se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo y si “se debe o no” considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, “debe seguirse”, es un elemento que cambia en esta tipología dado que esa escala, con disímiles criterios, oscilaría entre 1 y 99. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,²⁰ si una teoría del caso se

¹⁷ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁸ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁹ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

²⁰ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

fundamenta en una sentencia tipo (NRD), la reflexión cambia, aunque también se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y, a pesar de ser la interpretación más autorizada, no se considera que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de nulidad electoral (NE), a la sentencia de reparación directa (RD), a la sentencia de controversias contractuales (CC), a la sentencia de repetición (R), a la sentencia de pérdida de investidura (PI), a la sentencia de reparación de los perjuicios causados a un grupo (RPCG), a la sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (NCNRAI), se considera que le sería aplicable lo dicho sobre la sentencia (NRD).

En cuanto a la sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos (PI) y a la sentencia de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (CNFMLAA), se considera que le sería aplicable lo dicho sobre la sentencia (N).

- Respecto del auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:
- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control abstracto o concreto de legalidad
- Se expide por la Sala Plena o cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 31 magistrados
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Al igual que sus equivalentes en la jurisdicción constitucional, en estas providencias se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial contencioso-administrativo, por lo que la consideración sería en el caso las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (N), y para el caso de las providencias (A-SEC) y (A-SUB), lo dicho para las decisiones (NRD).

En la jurisdicción ordinaria

Actualmente, en la jurisdicción ordinaria se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 3):

TABLA 3. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Providencia	Tipología
Sentencia de casación	CAS-SCA CAS-SL CAS-SP
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (Sala de casación)	A-SCA A-SL A-SP

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de casación (CAS), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por el pleno de cada una de las salas especializadas: en el caso de la Sala de Casación Civil y Agraria, que está integrada por siete magistrados; de la Sala de Casación Laboral, que está integrada por siete magistrados, y de la Sala de Casación Penal, que está integrada por nueve magistrados; la Sala Plena no expide sentencias de casación, y está integrada por 23 magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

En nuestro concepto, la pretensión de generalidad²¹ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,²² si una teoría del caso se fun-

²¹ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

²² La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

damenta en una sentencia tipo (CAS), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto del Auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por la Sala Plena o cualquiera de las salas especializadas
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Al igual que sus equivalentes en la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, en estas providencias, se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial ordinario, por lo que la consideración sería en el caso las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (CAS), y para el caso de las providencias (A-SCA), (A-SL) y (A-SP), lo dicho para las decisiones (NRD).

Discusión en torno a la configuración de la sentencia de unificación en el sistema normativo colombiano

La sentencia de unificación en el ordenamiento jurídico colombiano no fue una creación con ocasión de la Corte Constitucional y la Constitución Política de Colombia (1991), tal como podría ser una noción que se tenga al respecto. Debe indicarse que en el caso de la jurisdicción ordinaria la sentencia de casación es individualmente considerada y en su esencia una sentencia de unificación (U) (Ley 1564 de 2012, art. 333; Ley 270 de 1996, art. 16; Decreto 1400 de 1970, art. 365), con todo lo que implica. En consecuencia, en la jurisdicción ordinaria ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó el legislador, con anterioridad, incluso, a la Constitución.

Expedida la Constitución Política de Colombia (1991), la sentencia de unificación (U) proferida por la Corte Constitucional empieza a ser la más conocida en su tipo en el sistema normativo, de modo que es la disposición reglamentaria de la tutela (Decreto 2591 de 1991, art. 35) la que la configura. En consecuencia, en la jurisdicción constitucional ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó la función legislativa, con la entrada en vigor de la Constitución.

Finalmente, cerca de veinte años después de la entrada en vigencia de este nuevo orden constitucional, se configura con literal denominación la sentencia de unificación (U), esta vez expedida por

el Consejo de Estado. En consecuencia, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó el legislador (Ley 1437 de 2011, art. 10).

Con todo, se advierte cómo la política judicial que afecta al sistema normativo se ha orientado a la configuración de la sentencia de unificación (U), consciente o inconscientemente, dado que a todas las jurisdicciones les ha sido creada esa tipología de providencia. Ahora, en el caso de la jurisdicción ordinaria, la personalización de la providencia es clara en la medida en que el trámite propio a la casación permite identificar el procedimiento que lleva a la emisión de la sentencia de casación. Igual ocurre en el caso de la jurisdicción constitucional en que desde el trámite es posible identificar con claridad que va a ser emitida una sentencia de unificación (U). Asimismo, ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa, en que a instancias del Consejo de Estado y “por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, entre otras”, puede proferir esta tipología de providencia en sentencia de unificación (U).

Con lo anterior, es imperativo destacar las barreras que esta tipología de providencia enfrenta o podría enfrentar en la práctica, principalmente en tratándose de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que, en el caso de la primera, los criterios que transmutan el caso a que sea emitida una sentencia (U) no se encuentran definidos por la ley o fuente equivalente, y en el caso de la segunda, aunque la ley los definió, es el Consejo de Estado al que le corresponde evaluar finalmente, por ejemplo, si se trata de un asunto con “trascendencia social”, luego, seguramente, no pocos asuntos que ameritan ser decididos bajo estos trámites de unificación terminan no ajustándose a este formalismo.

Siendo así, en la práctica, múltiples asuntos, en el caso de la jurisdicción constitucional, terminan siendo decididos en sentencias (T), pero sustancial o materialmente pueden significar ser sentencias de unificación (U). Paralelamente, podría hacerse un análisis equivalente en la jurisdicción contencioso-administrativa, antes de hacer la siguiente explicación.

En atención a la variable de pretensión de generalidad de la fuente y las numerosas tipologías de providencias que se emiten en esta jurisdicción, se considera que solo respecto de algunos de esos medios de control existiría función de unificación por el Consejo de Estado. Eventualmente, solo habría función de unificación en el caso de los procesos que implican pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa, controversias contractuales, repetición, pérdida de investidura, protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo y de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, incluso sería posible que sobre la pretensión de nulidad. En este sentido, no habría función de unificación, ni en los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad, ni de control inmediato de legalidad, ni de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.

Como se expuso, el fin en la configuración de la sentencia (U) no es otro que aumentar la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente. Al respecto, es claro cómo se presenta función de unificación en las tipologías de providencias que no tienen una pretensión de generalidad de 100, es decir, que se encuentra entre 0 y 99, en la escala propuesta, y no habría función de unificación en aquellas cuya pretensión de generalidad es la de 100.²³

Así las cosas, la identificación de estas providencias con función de unificación se podría formular a tenor de (tabla 5):

TABLA 5. TIPOLOGÍAS DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LAS QUE HABRÍA FUNCIÓN DE UNIFICACIÓN

Providencia	Tipología
Sentencia de nulidad, de unificación	NU
Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, de unificación	NRDU
Sentencia de nulidad electoral, de unificación	NEU
Sentencia de reparación directa, de unificación	RDU
Sentencia de controversias contractuales, de unificación	CCU
Sentencia de repetición, de unificación	RU
Sentencia de pérdida de investidura, de unificación	PIU
Sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos, sentencia popular, de unificación	PDICU-PU
Sentencia de reparación de los perjuicios causados a un grupo, de unificación	RPCGU
Sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, de unificación	NCNRAIU

Fuente: elaboración propia.

²³ De este análisis podría formularse una excepción respecto de la pretensión y final sentencia de nulidad (N), sobre la cual se perfiló una pretensión de generalidad de 100. Esto es así porque en el caso de esta providencia el factor territorial influye en el análisis. Piénsese, por ejemplo, en el análisis de un acto administrativo de carácter general expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), en relación con sus trabajadores oficiales. Sin duda, sería una decisión que afectaría a todos estos sujetos en la referida empresa, sin embargo, el Consejo de Estado podría ampliar sus efectos expresamente a situaciones fácticas y jurídicas equivalentes de otros organismos en que se encuentran trabajadores oficiales, por lo que se considera que, aun con una pretensión de generalidad de 100, podría haber función de unificación.

Expuesto esto, podemos afirmar que en la práctica múltiples asuntos también en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa terminan siendo decididos en sentencias que no precisan su carácter unificador (meras sentencias N, NRD, NE, etc.), pero sustancial o materialmente pueden significar ser sentencias de unificación (U).

El asunto es de gran impacto por destacar solo una consecuencia, por ejemplo, en términos de la aplicación del derecho por las administraciones públicas frente al procedimiento administrativo especial de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades (mecanismo de extensión de jurisprudencia), en el que se debe precisar en la petición especial que se radica ante la autoridad “copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor”. En consecuencia, si el Consejo de Estado y más específicamente el magistrado ponente no considera siendo procedente o no exterioriza que se trata de una providencia que se emite en esa función de unificación, aunque materialmente se emita una sentencia con ese fondo, el mecanismo de extensión de jurisprudencia es inaplicable.²⁴ Este sería tan solo un ejemplo, dado que la consecuencia general es de impacto directo sobre los principios de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho y sobre el derecho a la igualdad.

De esta forma, la función de unificación poseería en la actualidad serios problemas, los cuales, incluso, harían que a través de ella no se resuelvan asuntos que en el contexto colombiano deberían ser tramitados, estudiados y decididos como casos (U).

IX. CONCLUSIONES

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia (1991) no ha sido ni puede considerarse una cláusula general de fuentes del derecho. Actualmente, ningún texto constitucional ni legal ha configurado una disposición que pueda calificarse como la cláusula general del sistema normativo colombiano. El artículo 230 constitucional solo definió lo que en un momento histórico determinado se pensó como los que serían los exclusivos criterios de la actividad jurisdiccional.

A pesar de este vacío dispositivo, no puede afirmarse que exista una crisis en las fuentes del derecho, sino la existencia de un sistema normativo complejo. No es posible que, en el contexto de un declarado Estado de derecho como lo hace la Constitución Política de Colombia (1991), pueda concebirse una realidad de crisis referente al sistema de fuentes del derecho, dado que esto significaría que la naturaleza misma de esta concepción se ha quebrado, circunstancia que no se exhibe,

²⁴ Sobre el mecanismo de extensión de jurisprudencia, su diseño y creación legal como un derecho procesal transformador en la reparación de las nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia, véase Yañez Meza y Jiménez Escalante (2019).

además, en nuestra actualidad dada su interacción con el principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, la tridivisión del poder público y el principio de colaboración armónica.

La comprensión de la clasificación de fuente material y formal del derecho es estructural y sobre ellas se erigen otras. Una aproximación al concepto de fuente material sería “todo hecho, suceso, acontecimiento, etc., que tenga ocurrencia en un contexto dentro de una sociedad políticamente organizada”. Ahora, a partir de ese insumo que es la fuente material (la vida y cómo se vive), el Estado de derecho habilita que se configuren diversidad de fuentes formales, como la Constitución (a la cual se le confunde en no pocas ocasiones con la fuente material del derecho), la ley, la jurisprudencia, en fin, cualquier otra expresión dispositiva.

En punto de fuentes formales, las clasificaciones que se consideran relevantes son aquellas que califican a estas como:

- Criterio principal o criterio auxiliar
- Criterio autónomo o criterio dependiente
- Criterio que implica obligaciones o criterio que no implica obligaciones
- Criterio *soft law* o criterio *hard law* (las fuentes entre sí configuran un sistema normativo y todas actúan en integración dispositiva)

Afirmar que la única fuente que goza de legitimidad suficiente o verdadera legitimidad es la ley o la Constitución, como expresión de la función legislativa o constituyente que se expide desde el Congreso de la República o la Asamblea Nacional Constituyente, respectivamente, es una posición parcializada, incompleta e incomprensiva del régimen democrático y el alcance de la democracia en la racionalización del poder público propia del Estado de derecho. La función jurisdiccional es democrática y sus decisiones gozan de equivalente legitimidad en virtud del régimen democrático que el Estado de derecho colombiano habilita, no en virtud de la democracia representativa en una dosis definitiva, sino por razón de la dosis de la democracia sustancial, procedimental y constitucional que la respalda.

La actividad legislativa como la jurisdiccional, la ejecutiva y la de los particulares disponen y deben disponer de equivalentes criterios, de modo que es solo la actividad legislativa la que tendría una consideración especial. Sin duda, la función jurisdiccional, administrativa y de los particulares está absolutamente ligada a la aplicación de las fuentes formales, aspecto del cual se distancia sin desligarse la actividad legislativa, la cual se nutre principalmente de la fuente material. Esta equivalencia hace viable la configuración de una cláusula general de fuentes del derecho, que permita comprender el ordenamiento jurídico como sistema.

En el diseño de una cláusula general del sistema normativo para Colombia, debe considerarse de manera especial la fuente formal jurisprudencia, a partir de la clasificación que de la jurisdicción hace la

Constitución Política de Colombia (1991) y las diversas tipologías de providencias que se profieren a partir de su estructura. Para lo anterior, ha de considerarse como herramienta inescindible el sistema procesal a través de los medios de control (recursos, acciones y procedimientos) con los cuales, y luego de un proceso, finalmente se emite la providencia judicial de trámite o definitiva.

El poder público y privado se controla principalmente por la rama jurisdiccional, a través del control de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad; entre los dos primeros no existe una jerarquización y de estos dos respecto del último sí. Junto con esa jerarquización son necesarios los mecanismos de monitoreo que permiten el cumplimiento de la decisión o disposición que termina expidiéndose por la función correspondiente (no solo la jurisdiccional), mecanismos cuya efectividad frente a la garantía de los derechos y el tiempo que transcurre en esa consecución definen significativamente el control en sí mismo.

La función de unificación y la creación de una sentencia de unificación es un acto complejo. Entre otros deben considerarse los siguientes:

- La búsqueda e identificación de toda o la disponible jurisprudencia que ha abordado un mismo asunto, es decir, con semejanzas fácticas y jurídicas en un rango de tiempo que será indeterminado.
- La identificación de las subreglas de derecho sustancial y procesal que han resuelto esos casos pasados.
- Puestas de presente las subreglas que hasta el momento se han creado en el asunto, debe hacer pronunciamiento sobre la continuidad de su vigencia o derogatoria parcial o total, o moldear o crear nuevas sobre el problema jurídico concreto. Si estos presupuestos no se cumplen, es probable que materialmente no se esté unificando, aunque la tipología de providencia se denomine de unificación (U).

Según el análisis realizado la cláusula general del sistema normativo en Colombia, que podría asegurar, en la aplicación del derecho, el derecho a la igualdad, el principio de seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del derecho, se propone a tenor de:

- *Criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares en Colombia*
- *Cláusula general de fuentes del derecho en Colombia*
- *Cláusula general del sistema normativo en Colombia*

Artículo 230. Todo sujeto de derechos en Colombia está sometido al imperio de la Constitución y la ley como criterios principales de interpretación e integración normativa. Además, como consecuencia del control de constitucionalidad, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

en sus sentencias de constitucionalidad (C), de unificación (U) y de tutela (T). Asimismo, a la jurisprudencia del Consejo de Estado en su sentencia de nulidad por inconstitucionalidad (NPI), de control inmediato de legalidad (CIL), de nulidad (N) y de Unificación (U).

Toda providencia u otra decisión y en especial las sentencias que se emitan en función de unificación, como las sentencia de casación (CAS) proferidas por la Corte Suprema de Justicia, deben identificar en sus consideraciones todos los casos pasados sobre el mismo asunto, caracterizando y sistematizando la plenitud de subreglas que han ido creando derecho sustancial o procesal en el asunto, y deben pronunciarse sobre su vigencia, derogatoria y tránsito, con el propósito de asegurar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho. Para estos efectos, resultan de obligatoria consideración las subreglas creadas desde la jurisprudencia en sentencias C, U, NPI, CIL y N, de las cuales el juez puede apartarse a partir de mejores/útiles parámetros de constitucionalidad en su control.

También deberán ser considerados los principios generales del derecho, la costumbre y la equidad.

La doctrina es criterio auxiliar de interpretación e integración normativa.

La integración de las fuentes desde el derecho externo en el sistema interamericano de derechos humanos deberá ser considerada a partir del control de convencionalidad desde el concepto de estándares internacionales en materia de derechos humanos, los cuales son criterios principales de interpretación e integración normativa. La integración a otros sistemas distintos de la materia de derechos humanos no tendrá jerarquía constitucional.

Parágrafo. Con el propósito de alcanzar la aplicación estable del derecho y el derecho a la igualdad, dando prevalencia al principio de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho, el juez podrá, mediante el procedimiento de ajuste del sistema normativo, que debe ser diseñado por el legislador, exhortar a la función legislativa o administrativa con el propósito de que a través de una disposición con carácter general expida la fuente formal que permita que los casos concretos sean decididos con criterios uniformes.

El ordenamiento jurídico colombiano, o las disposiciones jurídicas, o las fuentes del derecho, o los fundamentos de derecho en Colombia, se caracterizan por su complejidad, que no crisis, haciéndose necesaria su sistematización. De ahí la posible utilidad que pueda tener para el sistema normativo colombiano la propuesta de una cláusula general de fuentes del derecho.

REFERENCIAS

- Cabrera Suárez, L. A. (2011). Los principios y su papel en la crisis de las fuentes del derecho. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 8(1), 27-39. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.1%20Enero-Ju.758>

- Clavijo Cáceres, D. G., Guerra Moreno, D. L. y Yañez Meza, D. A. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho*. Ibáñez. http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- Colmenares Uribe, C. A. (2019). *El proceso monitorio en el contexto iberoamericano: Un estudio desde la doctrina, el derecho comparado y el Código General del Proceso*. Doctrina y Ley.
- Congreso de Colombia. (1972, 30 de diciembre). Ley 16. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969*. Diario Oficial 33780.
- Congreso de Colombia. (1996, 7 de marzo). Ley 270. *Estatutaria de la administración de justicia*. Diario Oficial 42.745.
- Congreso de Colombia. (2011, 18 de enero). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 47956.
- Congreso de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48489.
- Congreso de la República. (2015, 1 de julio). Acto Legislativo 2. *Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones*.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* n.º 114.
- Corte Constitucional. (1994, 27 de octubre). Sentencia C-473/94 (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Corte Constitucional. (1995, 18 de mayo). Sentencia C-225/95 (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Corte Constitucional. (1999, 27 de septiembre). Sentencia T-713/99 (Antonio Barrera Carbonell, M. P.).
- Corte Constitucional. (2008, 6 de marzo). Sentencia C-230A/08 (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Corte Constitucional. (2008, 9 de julio). Sentencia C-691/08 (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.).
- Corte Constitucional. (2011, 26 de julio). Sentencia C-577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
- Corte Constitucional. (2012, 27 de junio). Sentencia C-489/12 (Adriana María Guillén Arango, M. P.).
- Corte Constitucional. (2013, 6 de marzo). Sentencia C-105/13 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 18 de julio). Sentencia T-528/14 (María Victoria Calle Correa, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 18 de julio). Sentencia T-532/14 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 29 de octubre). Sentencia C-792/14 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2015, 12 de mayo). Sentencia T-274/12 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Corte Constitucional. (2015, 29 de julio). Sentencia T-476/15 (Myriam Ávila Roldán, M. P.).
- Corte Constitucional. (2016, 15 de junio). Sentencia T-306/16 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

- Corte Constitucional. (2017, 5 de abril). Sentencia C-212/17 (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).
- Corte Constitucional. (2019, 21 de mayo). Sentencia SU218/19 (Carlos Bernal Pulido, M. P.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 20 de septiembre). STC7641-2020 (Luis Armando Tolosa Villabona, M. P.).
- Foro sobre la crisis en las fuentes del derecho. (2017, 25 de mayo). *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambito-juridico.com/noticias/sociales/administracion-publica/foro-sobre-la-tesis-en-las-fuentes-del-derecho>
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución* (2.ª ed.). Ariel.
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Presidencia de la República. (1970, 6 de agosto). Decreto 1400. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Diario Oficial 33.150.
- Presidencia de la República. (1991, 19 de noviembre). Decreto 2591. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. Diario Oficial 40165.
- Presidencia de la República. (2021, 5 de enero). Decreto 3. *Por el cual se expide el protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado "Estatuto de Reacción, Uso y Verificación de la Fuerza Legítima del Estado y Protección del Derecho a la Protesta Pacífica Ciudadana"*. Diario Oficial 51.548.
- Yañez Meza, D. A. (2013). *El derecho de la jurisdicción: Concepciones discutibles y estudio sobre la institución en la vértebra axiológica del juzgar*. Universidad Libre.
- Yañez Meza, D. A. (2014). Las órdenes de la Corte Constitucional: Su papel y límites en la formulación de políticas públicas. *Revista Estudios de Derecho*, 71(157), 235-268. <http://orcid.org/0000-0001-9715-0221>
- Yañez Meza, D. A. (2016). Elementos de la democracia en la función judicial desde el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En *Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica* (pp. 269-310). Ibáñez.
- Yañez Meza, D. A. (2017). Integración de disposiciones procesales en Colombia: Desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario y residual. En *Derecho procesal colombiano: Tendencias, críticas y propuestas* (pp. 323-329). Instituto colombiano de Derecho Procesal.

- Yañez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: De la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 195-232. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6014>
- Yañez Meza, D. A. y Guerra Moreno, D. L. (2020). La jurisprudencia desde la Constitución Política de 1991, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y el Código General del Proceso (CGP). En *Estudios multidisciplinarios en el marco del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 173-186). Tirant lo Blanch.
- Yañez Meza, D. A. y Jiménez Escalante, J. T. (2019). Derecho procesal transformador en la reparación de las nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia: Desafíos para el proceso de responsabilidad del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 129-154. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100129>
- Yañez Meza, D. A. y Yañez Meza, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: Una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2410>
- Yañez Meza, D. A., Pabón Giraldo, L. D. y Colmenares Uribe, C. A. (2021). Crisis o complejidad del sistema de fuentes del derecho en Colombia: Problemas y desafíos del derecho sustancial y procesal jurisprudencial. *Revista Republicana*, 31, 211-259. <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/782/587>
- Yañez Meza, D. A., Pabón Giraldo, L. D. y Colmenares Uribe, C. A. (en prensa). Crisis o complejidad del sistema de fuentes del derecho en Colombia: Problemas y desafíos del derecho sustancial y procesal jurisprudencial. Parte II. *Revista Republicana*, 35.