

## FORMA DEL ESTUDIO DE LA LEGITIMIDAD EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Bertolt Delfín Rivera Colmenares\*

*"Un ordenamiento continúa siendo legítimo hasta que la ineficacia ha llegado a tal punto que hace probable o previsible la eficacia de un ordenamiento alternativo" (MOSCA G.; 1896).*

### RESUMEN\*\*

La legitimidad como juicio de aprobación puede predicarse de cualquier institución de orden jurídico-político. Si bien a primera vista se concibe como legítima la labor de la Corte Constitucional colombiana, no se puede caer en el fatalismo de combinar las categorías que deberán ser examinadas independientemente tratándose cada una de las etapas del proceso de legitimación. Ahora bien, surge la duda respecto a la forma de estudio de la legitimidad de la Corte Constitucional Colombiana, particularmente, pues en nuestra área ha sido sujeto de muchas discusiones si el Órgano de Control de Constitucionalidad tiene la legitimidad para impedir a los representantes del pueblo decidir lo que crean correcto, por tal razón, en el presente trabajo analizaremos las estructuras que se consideran idóneas para el estudio sobre la legitimidad del tribunal constitucional colombiano.

### PALABRAS CLAVE

Legitimidad, Niveles de legitimidad, Corte Constitucional, Constitucionalismo.

\* Auxiliar de investigación, estudiante de IV semestre de la facultad de derecho, Universidad Santo Tomás, Sede Mañá Tunja. Email: bertoltriv@hotmai.com

\*\* Artículo de investigación producto del Proyecto de Investigación "Control Constitucional Comparado", adscrito a la línea de investigación en Derecho Constitucional y Constitución Democrática. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas USTA Tunja.

## ABSTRACT

The subjective legitimacy as a source of approval can be predicated of any institution or legal-political, although seen as legitimate the work of the Colombia Constitutional Court, can not fall into the fatalism of combining the categories that should be reviewed each case independently stage of the process of legitimation. Now the question arises as to how to study the legitimacy of the Colombian Constitutional Court. Particularly since in our area has been

subject of much discussion whether the Constitutional Control Authority has the legitimacy to prevent the people's representatives decide what they think right, for this reason in this paper will analyze structures that are considered suitable for The study on the legitimacy of the Colombia Constitutional Court.

## KEY WORDS

Legitimacy, level of legitimacy, the Constitutional Court, Constitutionalism.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es eminentemente analítico y conceptual el cual se realiza mediante una metodología documental y doctrinal en cuanto a las competencias de Corte Constitucional; partiendo del concepto concreto de legitimidad conforme el criterio de autoridad de la doctrina continental europea, para así analizar la legitimidad de la Corte Constitucional dentro del lenguaje político y jurídico, haciendo referencia a los conflictos teóricos sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional y los límites a los cuales debe someter sus decisiones para no incurrir en la usurpación de funciones del legislador.

## 2. METODOLOGÍA

Para comenzar este estudio, partiremos del referente conceptual de Norberto Bobbio en sus estudios sobre el concepto de legitimidad plasmado en el Diccionario de Política. El cual es

un concepto usado frecuentemente dentro del lenguaje ordinario y ostenta dos significados en donde se le da un significado general y uno específico, el general o coloquial es usado frecuentemente como equivalente de justicia o razonabilidad y el específico aparece asociado con en el lenguaje político aplicable a las diversas formas de organización (BOBBIO, N. 1992).

La legitimidad como concepto general es a la que se refiere la doctrina anglosajona al referirse a las conductas legítimas, notoriamente doctrinantes como Austin y Himma, no escinden el contenido ético de lo legítimo y su manifestación en la aprobación general, no obstante en nuestros sistemas de civil law o romano germánicos en términos técnicos, desarrollan el concepto de legitimidad espacial.

Esta legitimidad política o especial es el resultado del juicio de valor hecho a las instituciones de la nación, el cual

puede ser realizado conforme a criterios materiales y formales, en estos (los formales) se asocia la legalidad o la licitud a la legitimidad (bien se trate de contradicción a una norma concreta o a todo el ordenamiento jurídico) sin embargo, es delicado caer en la interpretación formalista de este criterio pues mal podría subsumirse la ética y los valores colectivos en el marco formal de la norma dada, como queriendo superar la norma a cualquier interés de la comunidad, de otro lado encontramos la valoración sobre la legitimidad material, es decir la relación entre el concepto de aprobación sobre lo correcto en términos políticos en el fondo del asunto.

Es a esta forma de valoración a la que nos referiremos desde este momento, pues si bien es cierto que lo legítimo como concepción de lo correcto deberá en una forma ideal estar conforme al derecho, estrictamente son categorías diferenciables por lo que nuestro trabajo se referirá a únicamente a las concepciones materiales.

Lo anterior lo realizaremos en el marco tradicional de clasificación del Estado Constitucional, es decir, en términos del maestro Negri, en poder constituyente y poder constituido, el primero entendido como la capacidad que se radica en determinado cuerpo para construir el ordenamiento estatal de la nación, a través de la norma suprema, en nuestro caso reconociéndose expresamente el poder constituyente primario en el pueblo soberano, es decir en la comunidad en total.

Por su parte el Poder Constituido serán las instituciones creadas a través

del pacto constitucional, las cuales son claramente diferenciables del poder constituyente, tanto en sus límites, como en sus deberes.

Tratándose del proceso de legitimidad en estos dos estadios constitucionales, encontramos los análisis de Norberto Bobbio, quien sostuvo acertadamente, que el proceso por medio del cual se legitima una institución política pasará por tres niveles de análisis: desde el origen, composición y funcionamiento.

Las dos primeras llamadas legitimidad originaria serían las asociadas al poder constituyente, y se refieren a la creación del poder político como organización estatal del poder nacional y la constitución del órgano dentro del marco de competencias de establecimiento, la cual se hace en abstracto en la formación y en concreto en la posesión de las personas. Es decir que el estado colombiano es la primera etapa de legitimación, la segunda se subdivide en creación de la corte y nombramiento de sus funcionarios.

La tercera etapa se refiere a la legitimidad derivada y sería asociada al poder constituido, por lo tanto consiste en la valoración sobre el ejercicio de la institución, es decir que la comunidad observará si está o no de acuerdo el actuar de la institución con los valores colectivos.

## DESARROLLO

### 3. ORIGEN (LEGITIMIDAD ORIGINARIA- PRIMER NIVEL)

El poder originario, reside dentro de una democracia exclusivamente en la

nación, (SCHMITT, C.; 1983) es decir el pueblo soberano compone el poder constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados; de esta forma por medio de elección de representantes se puede manifestar su voluntad, en este caso los representantes hacen ejercicio del poder constituido.

Teniendo en cuenta lo anterior y siendo el constituyente primario la nación del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga.

Este constituyente primario puede delegar sus funciones en determinados sujetos para que lo ejerzan, el cual sería un poder constituyente, pero no ya de orden originario, sino derivado, pues no viene de él mismo, sino de otro, en este caso del soberano. En forma más clara el poder constituyente puede crear una constitución como fuente suprema de normas, radica en la nación y viene de ella y puede ser ejercida o bien por una asamblea constituyente o por el congreso de acuerdo a la forma en que se distribuyan las funciones; generada esa constitución vendrá el ejercicio del poder constituido y de él se desprenden los demás poderes institucionales avalados en la fuerza de la carta magna.

Respecto a los límites del poder constituyente derivado encontramos que sólo pueden determinarse los expresos y en cualquier caso puede desestimarse la postura del constituyente derivado por el originario. Como veremos a continuación que lo sostuvo la corte suprema.

En Colombia la Asamblea constituyente nace tras el frustrado proyecto de reforma constitucional de 1988 que proponía entre otros aspectos la temática referente al humanismo constitucional y a los mecanismos alternativos de reforma constitucional en donde se proponían la vía del congreso, la vía del referéndum y la vía de la asamblea constitucional.

“el 25 de Agosto de 1989, días después del asesinato de Luis Carlos Galán, las universidades de Bogotá crearon la denominada “Marcha del Silencio”, que abrió paso a un fuerte movimiento estudiantil que empezó a discutir fórmulas de reforma, las cuales consignaron en la propuesta de la séptima papeleta presentada en un artículo de Fernando Carrillo, publicado en El Tiempo el 6 de febrero de 1990” (YOUNES D.; 2006).

El 27 de febrero de 1990 se refleja la viabilidad de la llamada SÉPTIMA PAPELETA, “cuando el registrador nacional del Estado Civil conceptuó que la inclusión de ese voto en el sobre electoral no anularía los demás. El 31 de marzo siguiente un millón y medio de colombianos votaron por la séptima papeleta, según escrutinios extraoficiales.” (YOUNES D.; 2006); es así como mediante el Decreto Legislativo 927 de 1990, se autorizó el escrutinio de los votos a favor de una Asamblea Nacional Constituyente, de manera oficial por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En las elecciones del día 11 de marzo de 1990 se manifestaron los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pue-

blo en general, a través de la Séptima papeleta buscando de esta forma EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL; más tarde el 24 de agosto del mismo año se establece el temario, la constitución y los requisitos para ser miembro de la Asamblea mediante el Decreto Legislativo 926 de 1990 que fue objeto de estudio de la Corte Suprema de Justicia que avocó el examen de constitucionalidad del decreto.

En conclusión el fallo de la Corte Suprema de Justicia declara constitucional el decreto en cuanto realiza un análisis doctrinal y jurisprudencial del poder constituyente en donde determina que debe declarar inconstitucionales los siguientes aspectos del decreto: "El temerario y las prohibiciones que limitaban la competencia de la constituyente.

La competencia que se le asignaba a la Corte Suprema para decidir sobre la constitucionalidad de la reforma que expida la constituyente. La Corte no juzgó la constitucionalidad de la reforma.

La caución o garantía de seriedad que se pedía constituir para la inscripción por cada una de las listas de candidatos cuando no se cumpliera con el requisito de proclamación escrita de, por lo menos, 100.000 ciudadanos." (YOUNES D. PÁG 80; 2006).

Observándose el reconociendo al acto espontáneo de la población al analizarse: El Decreto Legislativo 926 de

1990 por parte de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se acepta expresamente la soberanía popular como fuente válida de toda norma y toda constitucional, remitiéndose a los principios contractualistas establecidos en el pensamiento racionalista de la ilustración.

El considerarse que la única fuente legítima de las normas es el consenso que se da una comunidad originalmente libre para reglarse en forma de comunidad civil, si todos nacen libres e iguales humanamente podrán tomar las decisiones que consideren mejores para su futuro, las cuales tendrán futuro desde el momento en que existe el acuerdo básico sobre la existencia de la comunidad-nación, pero necesita darse cuerpo el cual es el Estado mediante la Constitución, lo cual se hace válidamente al ser fuente de todo derecho, es a este proceso lo que se denominó "constituyente"<sup>1</sup> que de esta forma consideramos como aspectos relevantes del fallo realizado por la corte el señalar el importante planteamiento sobre el poder constituyente y sus límites que permiten abrirnos paso a las diferentes vías de reforma a la constitución y al ejercicio del poder constituyente.

#### 4. ESTRUCTURA DEL ÓRGANO. (SEGUNDO NIVEL DE LEGITIMIDAD)

La estructura del órgano político que se estudia como segunda etapa del

1 Poder Constituyente en donde se establece la representación como fundamento democrático soberano, partiendo de esto "En una democracia los representantes del pueblo pueden ocupar su lugar como PODER CONSTITUYENTE; lo que entendemos como el ejercicio del poder constituido".

proceso de legitimación puede subdividirse en dos etapas, la primera respecto de la conformación de la institución y la segunda respecto del nombramiento de los miembros de la misma.

#### 4.1 LA LEGITIMIDAD DEL ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA DEL DERECHO LEGISLADO.

En los sistemas<sup>2</sup> jurídicos de Derecho Romano Germánico (como en Francia, España y en Colombia) existe una tradición de normatividad escrita, según la cual el funcionario judicial debe resolver el conflicto que se presenta frente a él sobre la base de las normas legales existentes, viables y aplicables al caso, así como el funcionario administrativo se encontrará obligado a todo ello que prescriban las normas que le cobijan bajo su competencia, se trata pues, de las leyes en un sentido material. La existencia de estas normas viene, como Kelsen lo explica, del hecho de haber sido proferido por el organismo competente (un legislador en un sentido material, las leyes del parlamento o los decretos del ejecutivo en sus funciones) respetando el procedimiento establecido y su validez viene a ser conforme a una norma superior que obtiene su fuerza de esa norma superior, y así sigue hasta llegar a la norma suprema, que es conocida en nuestros sistemas bajo la denominación de Constitución: De

esta manera la Constitución reposaría sobre un principio "hipotético, lógico, deductivo", es decir, sobre el principio teórico de causalidad necesaria, dicho de otra forma sobre una base hipotética sin la cual no sería posible, está en nuestro sujeto el principio *pacta sunt servanda* (los pactos son para ser cumplidos)<sup>3</sup>.

Como lo evidenciamos en Colombia con la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente a través de la séptima papelita, se trata entonces, de un acto de soberanía popular (BERNAL, C. 2005, UPRIMNY YEPES, R. 2006), es decir republicana (BOBBIO, N. 1997, ROUSSEAU, J. 1990), y por lo tanto se comprenderá que su forma de gobierno más idónea será la democrática, entendida como ejercicio del poder donde las decisiones son tomadas por la mayoría de los ciudadanos, claro, por razones evidentemente prácticas se reconoce que no todas las decisiones son tomadas por el total de la comunidad, la cual designará a una minoría para que regle la vida de la sociedad.

Así, si la Constitución debe ser encuadrada en un marco democrático y la ley debe ser su instrumento de aplicación, tras ser promulgada por los representantes del pueblo, una ley en sentido material, promulgada conforme al espíritu popular será la materialización de una democracia-republicana, por lo tanto no puede promulgarse

2. Sistema: "una totalidad ordenada, a saber, un conjunto de seres, entre los cuales existe cierto orden" BOBBIO *Normativa Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

3. KELSEN, *Hans, Teoría Pura del Derecho*, traducción Charles Eisenmann, París, Daloz, 1962 Pág. 298.

o aplicarse cualquier ley, solamente será válida la regla de derecho que esté conforme al espíritu de la nación, si bien el legislador material puede proferir reglas jurídicas conforme al trámite y la competencia establecida si se actúa en contraposición a los valores y principios nacionales elevados a rango constitucional deberá desestimarse esa norma. Dicho de otra forma la Constitución es reconocida como la norma primaria de una sociedad la cual establece las instituciones y los derechos más preciados de una comunidad y por lo tanto las normas que de ella se desprendan no podrán contradecirle. (EISENMANN, C. 1986, KELSEN, H. 1962, UPRIMNY YEPES, R. 2004).

Es acá donde encuentra su razón de ser el control de constitucionalidad, entendiéndolo como el ejercicio de valorar la congruencia entre las reglas y principios constitucionales y las normas de inferior jerarquía, realizándose esta actividad con fuerza jurisdiccional y valor de cosa juzgada, esta función realizada por el órgano de control de constitucionalidad es simplemente la consecuencia necesaria de tener una norma con valor jurídico, pues de nada sirve una regla de derecho si no existe quien sancione su incumplimiento, así la estabilidad de la democracia y del Estado de Derecho pasará por la efectividad del control de constitucionalidad. (EISENMANN, C. 1986, KELSEN, H. 1962, PRIETO, L. 1997, ROUSSILLON, H. 2000).

Por tal razón era previsible pensar en que se instauraran órganos competentes de juzgar la constitucionalidad de los actos con valor legislativo, pues

como lo expresaba Charles Eisenmann "el órgano de control de constitucionalidad y los sistemas de derecho legislado están ligados, si no necesariamente al menos de forma natural" (EISENMANN, C. 1986, 32).

#### 4.2 NOMBRAMIENTO DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para establecer la legitimidad en la formación de la Corte Constitucional colombiana nos centraremos en el estudio del concepto de "poder legítimo" (entendido como el poder considerado legítimo por parte de los individuos o grupos que participan en la relación de poder) (BOBBIO, N.; 1992), debido a que sobre la designación de los Magistrados de la Corte Constitucional observamos la relevante actuación del Senado de la República para su elección por periodos individuales de 8 años, partiendo de ternas presentadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República como autoridad política; como vemos en esta elección de los magistrados participan los tres poderes clásicos del estado de acuerdo a los establecido en la carta magna cumpliendo satisfactoriamente con los presupuestos y requisitos legales y constitucionales.

"La elección de los magistrados por parte del Senado de la República tiene dos claros propósitos: permitir que quienes resulten seleccionados obtengan la aceptación de la Cámara que tiene origen, representación y visión nacional; y asegurar que las calidades de candidato sean objeto de escrutinio público, lo cual constituye un estimu-

lo para que el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado postulen los mejores candidatos" (TOBO. PÁG 92; 2004).

Es claro que la Constitución Política Colombiana se ocupó de forma completa de la conformación y estructura de la Honorable Corte Constitucional, de tal forma que impuso requisitos e inhabilidades que permiten que los postulados para ser Magistrados de la Corte sean personas que cumplen satisfactoriamente con las capacidades que certifican la idoneidad en el ejercicio del cargo. Ahora podemos inferir de lo anterior que dicha conformación cumple de forma notoria con los presupuestos para ser legítima tanto material como formalmente, se evidencia que es el soberano el encargado de elegir al Senado, de esta forma existe un poder de elección derivado el cual le es otorgado por mandato legal y por consenso de la sociedad.

##### **5. ESTRUCTURA FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EJERCICIO DE LAS FUNCIONES (TERCER NIVEL)**

Al estudiar la estructura de la jurisdicción constitucional encontramos en un lugar preponderante a la Corte Constitucional la cual recibe su competencia por mandato constitucional y le es asignada la guarda de la integridad y supremacía de la constitución. Enseguida se ubica el Consejo de Estado quien conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los derechos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional y

por último encontramos a los jueces y corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional de manera excepcional cuando deban proferir tutelas o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales (TOBO.; 2004).

Evidentemente la labor de la Honorable Corte Constitucional desde su creación en el año de 1991 ha sido ardua y ha dejado ver grandes frutos como el desarrollo del bloque de constitucionalidad que tiene su origen en el bloque de legalidad francés y que por medio del desarrollo jurisprudencial logra fortalecer la base de defensa de los derechos fundamentales.

"Este bloque de constitucionalidad como un intento por sistematizar jurídicamente los derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional"(CORTE CONSTITUCIONAL;1995), el bloque de constitucionalidad entonces se convierte de esencial relevancia en sistemas donde la constitución tiene una vocación normativa directa, por las acciones constitucionales como la tutela o la acción popular, como por las demandas de inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley, a la par es categórico para el ordenamiento jurídico, debido a que los funcionarios de la administración de justicia deben aplicar los mandatos constitucionales en todas sus actuaciones directamente.

Entenderemos ahora que un ordenamiento jurídico tendencialmente sistemático pretende ser completo y con la aparición de ordenamientos supraconstitucionales logra articularse de forma complementaria consiguiendo que la p-



rámide de los ordenamientos obtenga relaciones adjuntas que aportan mayores garantías en la materialización y defensa de los derechos humanos.

Las Funciones cumplidas dan legitimidad Formal en el ejercicio y si protegen y desarrollan los valores será material en su ejercicio.

Vemos entonces cómo se desarrolla la función de definición de los derechos fundamentales, función altamente relevante, pues la labor del órgano de control de constitucionalidad encuentra verdadero valor para una comunidad cuando consigue aplicar la materialidad de la norma suprema entendida esta en su marco institucional y axiológico, lográndose este ejercicio al declararse la exequibilidad o no de una norma comparada respecto de la Constitución, lo cual implica interpretar y dar vida a las declaraciones constitucionales, así las interpretaciones de este órgano de control devienen un instrumento de definición de la parte sustantiva de la norma suprema, y por lo tanto se logra determinar el verdadero significado de los elementos dogmáticos de la Constitución (NEGRI, A. 1992, PEÑA, A. 1999).

La Corte Constitucional Colombiana por su parte ejerce una doble función con relación a los derechos fundamentales, en primer lugar realiza una labor abstracta, que le permite declarar la inconstitucionalidad de una ley para todos los efectos e igualmente ejerce funciones como órgano de control respecto de las conductas de relevancia constitucional para la defensa de los derechos que tengan esta naturaleza.

## 6. LA LEGITIMIDAD AFECTADA POR LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

La relevancia esencial de la creencia en la legitimidad, que se convierte en poder de autoridad, se fundamenta en el hecho de que esta tiende a otorgar al poder eficacia y estabilidad.

Hemos hablado de la base de la legitimidad que vemos reflejada dentro del juicio de valor sobre la fuente del poder que puede encontrarse en diferentes niveles: 1) la esfera social. 2) formalizado y fundamentado en la obligatoriedad. 3) competencia particular. Fuentes que en su desarrollo muestran elementos determinantes dentro de las políticas de cada estado.

En este entendido, el manejo de la idoneidad que proyectan las instituciones o autoridades respecto de sus actuaciones que podrían disfrazarse como correspondientes a la ética social podría generarse vicios en el consentimiento.

Ahora encontramos que la legitimidad al ser la expresión de la aprobación de la sociedad; que previamente ha realizado evaluaciones positivas del poder sobre aspectos como el contenido del mandato, la forma o procedimiento en que se impartió el mandato y la fuente de la que proviene el mandato (BOBBIO, N.; 1992). Puede verse afectada por los vicios del consentimiento cuando por medio de actuaciones fraudulentas se induce a la sociedad a generar la manifestación de su voluntad afectadas por error fuerza o dolo.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BERNAL, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- BOBBIO, Norberto. (1992). "Teoría General del Derecho". Editorial Temis, Bogotá, 1997 (NEGRI, A.). "El poder constituyente". Editorial Imperio.
- Colombia, Corte Constitucional (1995). "Sentencia C-225", M. P. MARTÍNEZ A. Bogotá.
- KELSEN, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid Tecnos.
- NOGUERA, R. (2002). *Introducción General al Derecho*. (4ª ed.). Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- RAMÍREZ, G. (2005). *Límites de la Reforma Constitucional*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- SCHMITT, C. (1983). *La defensa de la Constitución*, Madrid Tecnos.
- TOBO, J. (2006). *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- YOUNES, D. (2006). *Derecho Constitucional Colombiano* (8ª ed.). Editorial Ibáñez. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.