

Principia IURIS

12



Facultad de
Derecho

Principia IURIS Tunja Colombia N° 12 pp. 1 - 262 julio diciembre 2009 ISSN: 0124-2067



Centro de Investigaciones Socio-Juridicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A
Experiencia y Calidad

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 12

Tunja, 2009-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DOCE (12)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2009

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez

Corrección de Estilo: Mg. Santiago Bordamalo
Echeverría, Dpto. de Humanidades

Revisión inglés: Carlos Manuel Araque López

Estudiantes Colaboradoras: María Alejandra
Orjuela Ramírez, Jennifer Ayala Toca,
Anderson J. Sánchez y Nancy Sánchez

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores,
hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Biesses
Universidad Paris X, Francia

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de
Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Medellín, Colombia

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina.
Decano de Facultad de Derecho

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Docente Investigadora Facultad de
Derecho

Mg. Robinson Arí Cárdenas Sierra
Docente investigador Facultad de
Derecho

Mg. Jorge Enrique Patiño Rojas
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Carlos Gabriel Salazar Cáceres.
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Álvaro Bertel Oviedo
Docente investigador Facultad de
Derecho

Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez.
Secretaria de División

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Robinson Sanabria.
Docente Universidad Libre de Colombia

C. Ph.D. Fabio Iván Rey Navas
Docente investigador Facultad de
Derecho Universidad Pedagógica y Tecnológica
de Colombia

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Coordinadora de Investigación
Universidad de Medellín.

Esp. Jaime Fayath Rodríguez Ruiz
Gobernación de Boyacá.

CONTENIDO

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la
responsabilidad del Estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones al derecho
de la competencia..... 35
Fernando Arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza exitosa: dogmatización
fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción de la teoría
pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional
colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 12	pp. 1 - 262	Julio Diciembre	2009	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002	121
Alfonso Daza González.	
Contravenciones comunes de policía en Colombia	147
Luís Enrique Rodríguez Gómez.	
Breve historia de la cárcel	159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.	
Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI	177
Fabián Leonardo Benavides Silva.	
El derecho humano al agua y las garantías para su realización	203
Alfonso Daza González.	

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España	231
Juan Ángel Serrano Escalera	

CONTENTS

Editorial	9
Presentation	11
 Part I. Articles of institutional production	
Concepts of state responsibility: an approach to state responsibility for terrorist acts	15
Yolanda M. Guerra García.	
Trademark law against infringements of competition law	35
Fernando Arias Garcia	
Towards a new model of successful teaching: failed dogmatization law	49
German Bernal Camacho and Maria Fernanda Murillo Delgadillo.	
Intellectual ecology production site of the pure theory of law	59
Carlos Alberto Pérez Gil.	
Rights of patient informed consent from	75
Enrique López Camargo.	
Integrated study of legitimacy in the Colombian Constitutional Court	91
Diego Mauricio Higuera Jimenez	

Part II. Central topic-punishment, Critical Analysis.

The principle of equality of arms in the Colombian criminal justice system from legislation in March 2002 121
González Alfonso Daza.

Common Violations police in Colombia 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Brief history of the prison 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepts and practices of mental illness in Colombia. XVI to XXI.... 177
Fabian Benavides Leonardo Silva.

The human right to water and due for completion 203
González Alfonso Daza.

Part III. - International, Foreign and Compared subject matters.

Manifestations of the adversarial principle: exegesis of the Criminal Procedure Law in Spain 231
Juan Angel Serrano Escalera

EDITORIAL

Desde hace varios años, cuando el Doctor **Ciro Nolberto Güechá Medina** asumió la dirección de la revista institucional de la Facultad de Derecho, **PRINCIPIA IURIS**, se planteó como meta producir una publicación periódica que cumpliera con todos los parámetros de alta calidad; fue así como se constituyó un comité editorial con profundos conocimientos en resultados jurídicos, se instituyó un comité científico con personalidades académicas altamente reconocidas, se encargó a un editor concreto del impulso de la revista y se formalizó el perfil investigativo y científico de la revista, lo cual ha sido posible, en gran medida, gracias al rigor jurídico y la postura constructiva de los pares académicos especializados, quienes han marcado una pauta de calidad y una guía a los escritores. En desarrollo de estos planes consideramos que actualmente la **PRINCIPIA IURIS** se ha convertido en un espacio idóneo para la presentación de productos y divulgaciones resultados de diversos proyectos de investigación.

Esto no habría sido posible sin el compromiso de todos los escritores, quienes han plasmado lo mejor de su inteligencia y dedicación en estos espacios; en primer lugar, cabe elogiar su formalidad, notoria en la utilización de un sistema unificado de citación, la presentación con referencias en otros idiomas (inglés y francés, particularmente) y el cumplimiento oportuno de los términos editoriales.

Pero más aún, es importante resaltar el compromiso de fondo en la producción de los escritos institucionales, al tratarse de una Casa de Estudios consciente de su filosofía humanista, los miembros del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, se han visto abocados a una actitud que permita integrar la pedagogía y la investigación con miras a la proyección social, lo cual se busca en concreto

mediante una vocación creadora de la forma más valiosa que conoce la Academia, en el espíritu de otros.

PRINCIPIA IURIS Número 12 presenta como tema central: «Punición, Análisis críticos» como resultado de la línea de investigación en Derecho Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal, esperando contribuir al debate de esta depurada e importante rama del derecho. Sabemos que aún tenemos mucho que recorrer con miras al continuo mejoramiento y construcción de ciencia jurídica; en este orden de ideas invitamos a la comunidad académica a participar en la próxima edición de nuestra revista cuyo tema central será; «Problemáticas contemporáneas respecto de las relaciones con el Estado».

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Editor

PRESENTACIÓN

Con agrado la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, da a conocer a la comunidad académica, jurídica e intelectual en general, la presente edición de nuestra publicación institucional **PRINCIPIA IURIS Número 12**, cuyo tema central es «*Punición, Análisis críticos*», como resultado de los avances obtenidos por nuestra Línea de Investigación en Filosofía Institucional y del Derecho.

Desde su nacimiento en el siglo XVII, el derecho penal como ciencia específica del derecho ha mostrado un considerable avance en términos de depuración teórica y humanización del derecho, las cláusulas de derechos intangibles, debido proceso y los fines de las penas, son apenas unos ejemplos; sin embargo, en Colombia la tragedia de la violación de los derechos humanos y los indignantes niveles de impunidad (98.5% según informes de la Naciones Unidas) nos obligan, en desarrollo de nuestros compromisos intelectuales, a fortalecer esta rama del derecho.

En la primera sección, referente a artículos de producción institucional, se desarrollan temas de responsabilidad del Estado por actos terroristas, la aparente tensión entre el derecho de marcas y las infracciones al derecho de la competencia, la dogmatización fallida del derecho, el ambiente intelectual de la teoría pura del derecho, los derechos derivados del consentimiento informado en actividades médicas y la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana,

Posteriormente, entramos a desarrollar nuestro tema central «*Punición, Análisis críticos*», examinando en primer lugar algunas tendencias de orden procesal con los artículos sobre «El principio de igualdad de armas en el sistema procesal

penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002 y «Contravenciones comunes de policía en Colombia», para posteriormente hacer una referencia histórica con los escritos sobre «Breve historia de la cárcel» y «Concepciones y prácticas sobre la enfermedad mental en Colombia. Siglos XVI al XXI» para concluir con una referencia a los derechos humanos, en concreto con el trabajo titulado «El derecho humano al agua y las garantías para su realización».

Finalmente, en la sección tercera, relativa a Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas, presentamos el artículo titulado «Manifestaciones del principio acusatorio: exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal en España» como resultado del convenio suscrito entre la Universidad Carlos III de Madrid y nuestra Alma Mater. Esperamos con estos trabajos contribuir al desarrollo de tan importante rama del Derecho.

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho**

SECCIÓN I: ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.

PART I: RESEARCH ARTICLES. SANTO TOMÁS UNIVERSITY.

ESTUDIO INTEGRADO DE LA LEGITIMIDAD EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

INTEGRATED STUDY OF THE LEGITIMACY IN THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

Diego Mauricio Higuera Jiménez*

Fecha de entrega: 15-01-10

Fecha de aprobación: 10-02-10

“El hombre lleva la carne sobre sí, que es a la vez su fardo y su tentación. La arrastra, y cede a ella. Debe vigilarla, contenerla, reprimirla, y no obedecerla más que en última instancia. En esta obediencia puede existir aun la falta; pero la falta así cometida es venial. Es una caída, pero la caída sobre las rodillas puede terminar en oración. Ser santo es una excepción, ser justo es la regla; errad, pecad, desfalleced, pero sed justos”

Monseigneur Bienvenu, en
“Los Miserables” de Víctor
Hugo (1990).

RESUMEN**

La legitimidad como juicio de aprobación puede predicarse de cualquier institución de orden jurídico-político, la cual se analiza conforme a la teoría política, mediante las tres etapas del proceso de legitimación, es decir, la conformación de la comunidad política, la estructura del régimen, y su ejercicio mediante actos de gobierno o autoridad (BOBBIO, N.; 2005), constituyéndose así en un instrumento de medición para identificar una autoridad que debe ser obedecida. Si bien la labor de la Corte Constitucional colombiana se presenta a primera vista como legítima, no debemos caer en el fatalismo de combinar categorías que deberán ser examinadas independientemente, por lo cual en el texto tratamos de aplicar cada una de las etapas del proceso de legitimación al tribunal constitucional colombiano.

PALABRAS CLAVE

Legitimidad, Proceso de legitimación, Corte Constitucional, teoría del derecho.

* Mg. En derecho Público y Ciencia Política, Investigador Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

** Artículo de investigación producto del Proyecto de Investigación «Control Constitucional Comparado» vinculado a la línea de investigación en constitucionalismo y construcción democrática del Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, realizado con el apoyo de los estudiantes de la facultad de derecho, Bertolt Delfin Rivera Colmenares, Jenifer Ayala, Alejandra Orjuela y Anderson Sánchez del semillero de investigación Veritas Font Libertatis.

ABSTRACT

The legitimacy of subjective approval source can be predicated of any institution of legal-political order, which is analyzed as political theory, through the three stages of legitimating, in the formation of the political community, the structure of regime, and its exercise through acts of government or authority (BOBBIO, N.; 2005), thus creating, in a measurement tool to identify an authority that must be obeyed. While

the work of the Colombian Constitutional Court appears at first glance as legitimate, should not fall into the fatalism of combining categories that should be considered independently, so in the text we try to implement each step of the process legitimize the Colombian Constitutional Court.

KEY WORDS

Legitimacy, process of legitimacy, Constitutional Court, jurisprudence.

1. METODOLOGÍA.

El presente trabajo es eminentemente analítico y conceptual, se realizó mediante una metodología documental, partiendo del concepto concreto de legitimidad conforme el criterio de autoridad de la doctrina continental de tradición europea¹ (BOBBIO, N.; 2005), para así analizar la legitimidad de la Corte Constitucional dentro del lenguaje político y jurídico, haciendo referencia a los conflictos teóricos que se suscitan 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, aplicándose las etapas del proceso de legitimación a nuestro estudio concreto.

2. JUSTIFICACIÓN.

Se encuentra interés respecto de la forma de estudio de la legitimidad de la Corte Constitucional colombiana particularmente debido a dos puntos: en primer lugar 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 al declarar sin valor jurídico (inexequible) una ley producida por el legislador material como representante de pueblo, pero, así mismo, en segunda medida, las etapas del proceso de legitimación propuestas por el maestro Norberto Bobbio (2005) parecen estar adaptadas a las instituciones de naturaleza política y

¹ No se quiere decir con la presente afirmación que se desconozca el profundo valor de las diversas tradiciones y civilizaciones de la humanidad, trabajos con igual o mayor valor podrán encontrarse en escuelas filosóficas asiáticas, legados tribales o memorables trabajos latinoamericanos de tradición indígena como los de Don **Diego de Torres** y Moyachoque; quien con su memorial de agravios se convirtió en uno de los primeros defensores de los derechos Humanos en Latinoamérica (PALACIOS PRECIADO, J.; 1991). simplemente. hemos escogido una tesis para delimitar nuestro campo de estudio, vista nuestra tradición lingüística, cultural y de pensamiento.

no es tan evidente la pertinencia de estos criterios adaptados a instituciones de orden eminentemente jurídico²; por tal razón, en el presente trabajo analizaremos las estructuras que se consideran idóneas para el estudio sobre la legitimidad aplicadas al Tribunal Constitucional colombiano, lo cual implicará un estudio respecto de la legitimidad de la Constitución, el control de constitucionalidad, la designación de los miembros de la Corte Constitucional y las sentencias de esta Alta Corte.

3. INTRODUCCIÓN.

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 (2005).

La legitimidad es un concepto que tradicionalmente ostenta dos acepciones, una general y otra específica; la general o coloquial es usada frecuentemente como equivalente de justicia o razonabilidad y la específica aparece asociada con en el lenguaje político como aplicable a las diversas formas de organización del poder público (BOBBIO, N.; 2005).

La legitimidad como concepto general es la tratada por la doctrina anglosajona al referirse a las «conductas legítimas», notoriamente doctrinantes Kenneth Himma (2010), no escinden el contenido ético de lo legítimo de su manifestación en la aprobación general, convirtiéndose la legitimidad de una conducta en sinónimo de moralidad de la misma, no obstante, en sistemas como el nuestro, de *civil law* o de derecho romano germánico, se desarrolla el concepto específico de legitimidad³.

Esta legitimidad política o específica es el resultado del juicio de valor hecho a las instituciones de la Nación⁴, el cual puede ser realizado conforme a criterios materiales y formales, en estos (los formales) se asocia la legalidad o la licitud (bien se trate de contradicción a una norma concreta o a todo el ordenamiento jurídico) a la legitimidad. Sin embargo, es delicado caer en la interpretación formalista de este criterio, pues, mal podría subsumirse el consenso y los valores colectivos en el marco formal de la norma dada, como queriendo sobreponer la ley a cualquier interés de la comunidad; de otro lado, encontramos la valoración sobre la legitimidad material, es decir, la

² En otro espacio, analizábamos cómo a pesar de ser eminentemente jurídico la mayoría de los sistemas reconocen en el juez constitucional una figura con influencia política por su capacidad de afectar los destinos de una nación, concretamente por su calidad de legislador negativo, pero además cómo su deber es interpretar el verdadero espíritu de las reglas, principios y valores constitucionales, es razonable que su elección se haga con participación de órganos de naturaleza más política o de elección popular. (HIGUERA JIMÉNEZ, D.; 2009).

³ Un ejemplo de esta diferencia sería la concepción que se tendría de un régimen tiránico respaldado mayoritariamente, para la doctrina del concepto general sería ilegítimo por ser inhumano, para la otra, el régimen sería constituido de manera legítima al ser avalado pero inhumano en sus actos, lo cual podría desembocar posteriormente en una impugnación de ese poder.

⁴ Nación es entendida en estos términos como asociación política de una comunidad, la cual por sus vínculos hacia el pasado, unión presente y proyectos hacia el futuro toma la decisión de generar un proyecto político y formar una comunidad política (el ánimo de vivir juntos), no necesariamente por una identidad cultural sino por la voluntad tácita o expresa de generar ese proyecto político. (PIERRE-CAPS. S. y CONSTANTINESCO V.; 2006).

relacionada con el concepto de aprobación sobre lo correcto en términos políticos.

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 cual nuestro trabajo se referirá 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 (1994), 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 como unidad.

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 (2005), quien sostuvo acertadamente que, el proceso por medio del cual se legitima una institución política pasa por tres niveles

de análisis: desde el origen (la conformación de la comunidad política), composición (la estructura del régimen institucional) y funcionamiento (el ejercicio mediante actos de gobierno o autoridad).

Las dos primeras instancias son definidas como de legitimidad originaria, las cuales serían las asociadas al poder constituyente, refiriéndose a la fuente del poder político que permite suscribir la Constitución con la autoridad debida (constituyente) y la conformación del órgano dentro del marco de competencias del establecimiento, la cual se hace en abstracto en la formación (institución) y en concreto en la posesión de las personas que integrarán dicha institución (servidores públicos encargados de materializar esa institución).

La tercera etapa es propia de la legitimidad derivada y estaría asociada al poder constituido, es decir, al ejercicio de las instituciones que se desprenden del marco Constitucional (NEGRI, A.; 1994), refiriéndose a las actuaciones desplegadas por la institución.

Es claro en este punto que las etapas en el proceso de legitimación están construidas como abstracción intelectual para ser adaptadas a las instituciones de naturaleza política, cuestión no tan evidente respecto de instituciones de orden eminentemente jurídico; así, por ejemplo, es claro como

la primera etapa del proceso de legitimación podría simplificarse en un juicio sobre lo aceptada o no que es la existencia de un Estado. Una segunda etapa sería la valoración respecto de lo legítima o no de la asunción del poder; así una comunidad acepta a un gobernante bajo el criterio de reconocimiento general respecto de los mecanismos por medio de los cuales se ha accedido al poder⁵; la tercera y última etapa la encontraremos referenciada al juicio sobre la ejecución del poder político, claramente si los ciudadanos consideran adecuados a sus criterios de juicio los procedimientos y las políticas de un gobierno.

Es decir que, aplicado a nuestro tema, se tratará de analizar la configuración del Estado colombiano como primera etapa de legitimación; la segunda, se subdivide en creación de la Corte y el nombramiento de sus funcionarios, mientras 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 el actuar de la institución está o no de acuerdo con los valores colectivos.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Analizar las etapas del proceso de legitimación respecto de la Corte Constitucional colombiana, como

identificación de los juicios en el origen, composición y funcionamiento.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Identificar las etapas del proceso de legitimación.
- Desarrollar un esfuerzo de juicio sobre el proceso de legitimación que integre las diferentes etapas del proceso.
- Exponer las estructuras utilizadas para estudiar la legitimidad del tribunal constitucional nacional.

4.3. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

¿Es posible aplicar las herramientas en la valoración del juicio de legitimidad a la corte constitucional colombiana?

5. DESARROLLO.

5.1. CONFORMACIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA, EL PODER CONSTITUYENTE PRIMARIO.

(Legitimidad Originaria- primer nivel)

Como lo expresábamos anteriormente, la primera etapa del proceso de legitimación consiste en examinar la autoridad con la cual se genera el acto fundacional de la institución política (para nuestro entender la autoridad del Pueblo-Nación como soberano para suscribir una norma suprema), lo cual se consigue tradicionalmente en nuestros sistemas mediante la Constitución Política, no en vano se

⁵ Lo anterior no excluye que sea (al menos hipotéticamente) posible que un gobierno acceda al poder mediante el uso de la fuerza, pero en este caso será la comunidad quien juzgará esta vía como un eventual mecanismo aceptado.

dice que esta es el acto Jurídico- Político fundador de un Estado Social de Derecho, mediante el cual una Nación como forma política de un pueblo se dota de instituciones (PIERRE-CAPS, S. y CONSTANTINESCO, V.; 2006).

En el entendido en que lo aplicamos en este texto, consideramos más acertado el término Nación que el de Pueblo, ya que este representa diferentes acepciones⁶, entre ellas la política⁷ (siendo en este caso sinónimo de Nación) y la cultural⁸, es decir, como comunidad humana al interior de la cual existe entre sus miembros un vínculo sustentado en la *identidad*, conformándose en comunidad en virtud de una cultura⁹.

Luego, la definición política de Pueblo encaja con la de Nación, es decir que la entendemos como, organización que, por sus *vínculos hacia el pasado, unión presente y proyectos hacia el futuro* toma la decisión de generar un *proyecto político* y formar una comunidad política (*el ánimo de vivir juntos*), no necesariamente por una identidad cultural sino por la voluntad de generar ese proyecto político. (PIERRE-CAPS, S. y CONSTANTINESCO, V.; 2006)

Será la Nación poseedora de la capacidad para generar una Constitución, entendiendo que en una democracia el poder originario reside

exclusivamente en ella¹⁰ (SCHMITT, C.; 1983), es decir que el soberano (poder que no reconoce ninguno superior) es el detentador del poder constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados.

Teniendo en cuenta lo anterior, conforme a lo cual reconocemos a la Nación como constituyente primario, por lo tanto como fuente de la cual emanan los demás poderes, ésta no podrá tener otros límites diferentes a los que ella misma se imponga.

El poder constituyente, siendo la facultad para crear una Constitución como fuente suprema de normas, radica en la Nación y puede ser ejercido directamente por una Asamblea Constituyente o por el Congreso de acuerdo a la forma en que se distribuyan las funciones. Una vez generada esa Constitución vendrá el ejercicio del poder constituido y de él se desprenderán los demás poderes institucionales avalados por la fuerza de la Carta Magna.

Con respecto a los límites del poder constituyente derivado (Asamblea Nacional Constituyente o Congreso) encontramos que sólo pueden ser expresos y en cualquier caso puede desestimarse la postura de este constituyente derivado por el originario en calidad de soberano, es decir que

⁶ También podría significar un lugar concreto o referirse al pueblo «llano».

⁷ Entendemos que es a esta a la cual se refieren las tesis de soberanía popular.

⁸ En desarrollo de esta acepción es que se hace referencia, por ejemplo, a los pueblos indígenas o al pueblo hebreo.

⁹ La cual incluye, por supuesto, elementos religiosos, lingüísticos, consuetudinarios o étnicos.

¹⁰ Reconocer la soberanía popular y el sometimiento de esta comunidad a una ley fundamental común, se entiende como «Republica». (HIGUERA JIMÉNEZ, D.; 2009).

las instituciones creadas por la Constitución o el constituyente primario para hacer una norma suprema, siempre podrán ser contradichas por el soberano, entiendase, por el Pueblo Político o lo que es igual, la Nación. Como veremos más adelante según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia.

En Colombia, el reconocimiento de las tesis contractualitas que sustentan la soberanía popular como fuente del poder constituyente fueron reconocidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el transcurso de los sucesos que dieron nacimiento a la Constitución Política de 1991, aunque es claro que son tesis que tienen sus opositores (KELSEN, H.; 1962), no es menos cierto que es la doctrina reconocida en el proceso de gestación de nuestra Carta Magna.

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 fracaso de la reforma sumado a los inhumanos niveles de violencia motivó el movimiento estudiantil que consignó las fórmulas de reforma en la llamada Séptima Papeleta como esperanza de

cambio político para el País, particularmente después del horrendo asesinato de Luis Carlos Galán.

La viabilidad de la llamada Séptima Papeleta se evidencia el 27 de febrero de 1990, al conceptuarse favorablemente por el Registrador Nacional del Estado Civil que la inclusión de ese voto no anularía los demás (YOUNES, D.; 2006, 70).

En las elecciones del día 11 de marzo de 1990 se manifestaron los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la Séptima Papeleta, obteniendo un millón y medio de votos extraoficiales.

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo 927 de 1990 se autorizó el escrutinio de manera oficial por la Registraduría Nacional del Estado Civil de los votos a favor de una Asamblea Nacional Constituyente.

Respecto del mencionado Decreto la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia manifestó:

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que la instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación

sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas; se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginados siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose como hasta ahora ha venido ocurriendo en los seis años de vigencia del Estado de Sitio.

Y continúa más adelante, al respecto, la Honorable Corte:

El clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; a favor de él se han manifestado los partidos políticos y los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada séptima papeleta, en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

Así, en las elecciones del 27 de mayo de 1990 la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, obtiene más de cinco millones de votos.

Posteriormente, al abocar el estudio de constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990 que estableció el temario, la

composición y los requisitos para ser miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia expresó¹¹:

En efecto, si la Nación es un compuesto de cuatro elementos necesarios, la idea misma de su existencia es inseparable de otra idea sintética; la de su soberanía. No se concibe el objeto de una nación, ni la razón de ser de su existencia, sin su soberanía, dado que esta soberanía es la autoridad moral al propio tiempo que la efectividad del poder con que cada nación dispone de suerte y figura, de igual a igual, en el concierto de todos los estados constituidos o nacionalidades organizadas en que está dividido el mundo civilizado.

Y continúa:

Si la soberanía es el principio fundamental, en orden a lo político (cosa de todos o de muchos) era necesario, después de proclamar la existencia, el nombre y la forma general de la nación proclamar también su soberanía como principio esencial, y determinar su residencia. Esta determinación hecha por el artículo 2º es la confirmación explícita del 1º. Si la soberanía Colombiana reside

¹¹ La Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, excepto: - El temario y las prohibiciones que limitaban la competencia de la constituyente, - La competencia que se asignaba a la Corte Suprema para decidir sobre la constitucionalidad de la reforma que expidiera el constituyente y - La caución para la inscripción de candidatos con listas formadas con menos de 100.000 firmas. La Corte no juzgó la constitucionalidad de la reforma y declaró inexecutable 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 el requisito de la proclamación escrita de, por lo menos, 100.000 ciudadanos.

esencial y exclusivamente en la nación, en toda ella, y de ella emanan los poderes públicos, es patente la unidad nacional: la soberanía es así única, indivisible, tan absoluta cuanto contrapuesta, dentro de la nación; ella es el todo y lo contiene todo para Colombia, y ningún poder público será legítimo ni reconocido, si no emana de esa única soberanía. Su consecuencia necesaria es la unidad de esos poderes públicos, no obstante su superación de formas y de modo de obrar (Op. Cit., Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, t. II págs. 12-13)» (cita en la Sentencia).

Así pues, la Nación, o sea el pueblo que habita en nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. No simplemente la personificación de la república unitaria que sucedió a los estados de la constitución de Rionegro (1863), pues para ello bastaba el artículo 1º de la carta, conforme al cual: La Nación Colombiana se reconstituye en forma de república unitaria.

Como la Nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que esta consagraba. De

lo contrario, se llegaría a muchos absurdos; el primero de ellos es que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Rionegro (1863) para modificarla.

Más adelante, la Corte Suprema hace referencia a la Sentencia 54 de 9 de junio de 1987, expresando:

Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden.

De esta forma consideramos como aspectos relevantes del fallo realizado por la Corte Suprema de Justicia el reconocer (más aun, aplicar) este

concepto de gran relevancia, mediante el cual podemos abrirnos paso a las diferentes vías de reforma a la Constitución y al ejercicio del poder constituyente del pueblo soberano.

Esto es lo que se conoce como Pacto Social, al considerar que la única fuente legítima de las normas es el consenso que se da una comunidad de manera autónoma con el fin de reglar la sociedad civil con base en principios aceptados, según los cuales todos nacen libres e iguales humanamente y por lo cual podrán tomar las decisiones que consideren mejores para su futuro, plasmando estas consideraciones en una constituyente¹² que exprese su ley fundamental (ROUSSEAU, J.; 1990)¹³.

Lo anterior no quiere decir que ignoremos tesis pragmáticas como aquellas de Ferdinand Lassalle quien expresaba con acertada crudeza como los factores reales de poder influyen el marco constitucional hasta el punto de presentar el derecho como una apariencia simplemente escrita ante «los factores reales de poder esculpidos en el bronce de la realidad» (LASSALLÉ, F.; 2005, 89).

Esta tesis sobre los factores reales de poder es muy diferente a lo que tratamos de explicar, de un lado vemos la justificación sobre la configuración de una autoridad aceptable (legítima) mediante tesis de soberanía popular y del otro cómo estas declaraciones son susceptibles de corromperse, en este caso no se trataría de una Constitución creada legítimamente sino de una mera apariencia.

Así acertadamente describe Carl Schmitt (2003, 34) «*En realidad una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad), constituyente y se establece por su voluntad*». El problema sería establecer quién es ese poder no obstante la profunda discusión que se podría desarrollar al respecto, es claro que en nuestro caso fue reconocido como soberano el Pueblo colombiano y si el acto (Constitución) que emana de la voluntad de este soberano es reconocido, como efectivamente sucedió, se podrá decir que es legítimo (SCHMITT, C.; 2003, 104).

¹² 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 entenderemos como el ejercicio del poder constituido» (Negri A.; 1994).

¹³ El reconocimiento de la soberanía popular lo vemos plasmado en la Constitución Política Nacional en el Preámbulo el cual expresa: «El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: Constitución Política de Colombia», Igualmente se observa el Artículo 3 el cual establece: «La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

5.2. ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN INSTITUCIONAL, COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. (Legitimidad Originaria-Segundo Nivel)

La estructura del órgano que se estudia como segunda etapa del proceso de legitimación puede sub-dividirse en dos partes, la primera respecto de la conformación de la institución y la segunda respecto del nombramiento de los miembros de la misma.

5.2.1 La Legitimidad del Órgano de control constitucional como consecuencia del Derecho legislado.

Este es uno de los aspectos más relevantes en nuestro estudio, pues se ha planteado como posibilidad el carácter antidemocrático del control constitucional al investir a una institución conformada por personas no electas popularmente del poder para anular decisiones tomadas por los representantes elegidos por pueblo.

No obstante el establecimiento de un sistema de derecho escrito con base en una norma suprema que reconoce la democracia y los derechos fundamentales como principios, implica legítimamente la existencia de un juez constitucional¹⁴.

En los sistemas jurídicos de Derecho Romano Germánico (como en Francia, España y 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 norma legales existentes, válidas 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 éstas normas viene, como lo explica Kelsen (1962), del hecho de haber sido proferida por el organismo competente (un legislador en un sentido amplio, entiéndase, las leyes del parlamento, los decretos del ejecutivo en sus funciones o los actos de la administración pública), respetando el procedimiento establecido y su validez viene de ser conforme a una norma superior que obtiene su fuerza de otra norma superior, y sigue así hasta llegar a la norma suprema, que es conocida en nuestros sistemas bajo la denominación de Constitución, ésta norma suprema reposaría sobre un principio «hipotético, lógico, deductivo», es decir, sobre el principio teórico de causalidad necesaria.

¹⁴ La existencia de un juez constitucional aceptará que este tenga sus funciones de manera concentrada o difusa, lo importante es la existencia de un encargado de velar por la efectividad de la Carta Magna.

Dicho de otra forma, sobre una base hipotética sin la cual no sería posible desarrollar un planteamiento, en este caso se trataría del principio *pacta sunt servanda* (los pactos son para ser cumplidos) (KELSEN, H.; 1962. 299). Siendo ese soporte, conforme a lo reconocido en nuestro ordenamiento, el Pacto Social realizado por el soberano.

Como lo evidenciamos en Colombia con la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente a través de la Séptima Papeleta, se trata entonces, de un acto de soberanía popular (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 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 sí 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 Social de Derecho pasará por la efectividad del control de constitucionalidad.

(EISENMANN, C.; 1986. KELSEN, H.; 1962. ROUSSILLON, H.; 2000).

Por tal razón era previsible pensar en que se instaurarán 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, sino necesariamente al menos de forma natural*» (EISENMANN, C.; 1986, 32).

Así mismo esta norma suprema es establecida con el ánimo de limitar el ejercicio gubernamental y evitar así sus desviaciones, garantizando la efectividad de los mandatos del pueblo soberano, quien es la verdadera fuente de toda legitimidad, no pudiendo confundirse con esta al legislador, el cual es un mero representante (Uprimny Yepes, R.; 2003).

Al respecto se expresa acertadamente el doctor Rodrigo Uprimny (2003, 337):

Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los

deseos de las distintas mayorías históricas.

Lo anterior implica el reconocimiento de la supremacía de la voluntad popular; por lo tanto, el poder judicial solo puede ejercer válidamente el control de los actos del legislativo y el ejecutivo en la medida en que interprete ese deseo y, de no ser así, estaría usurpando ilegítimamente las funciones encargadas por el soberano.

Al contrario, si la Corte Constitucional anula correctamente una decisión tomada por el gobierno lo hará necesariamente investido del poder popular encarnado en el constituyente, evitando así las desviaciones de sus encargados (ejecutivo y legislativo).

Naturalmente, para evitar estas usurpaciones de facultades es necesario un control constitucional de orden judicial, pues como lo sostenía Hans Kelsen, no puede esperarse que sea el Parlamento mismo el garante de la no desviación del poder legislativo (KELSEN, H.; 1988).

Vemos entonces cómo para evitar la transformación de la democracia en dictadura de las mayorías es necesaria una institución que sancione las desviaciones de poder, ya que por el simple hecho de ser mayoritario no se encarna todo el poder democrático, no podría aceptarse, por ejemplo, como democrático un sistema que por votación parlamentaria declarara ilegal la

oposición política, nombrara soberano a un monarca o atacara flagrantemente los derechos fundamentales.

Particularmente deseamos insistir en este aspecto, pues es en ejercicio del amparo a los derechos fundamentales y en la anulación de leyes que les vulneren que ha encontrado su mayor asidero la justicia constitucional en el mundo (ROUSSILLON, H.; 2000)

Vemos entonces que la fuente de la legitimidad de la Corte Constitucional de Colombia es el constituyente primario, es decir, el pueblo soberano, el cual le encarga la guarda de la supremacía constitucional, la transparencia del desarrollo democrático y el respeto por los derechos fundamentales.

Lo anterior no implica que por el simple hecho de ser juez constitucional se actúe legítimamente, esto dependerá de ser nombrado conforme a las reglas que el sistema establezca y ante todo, respetando las funciones que le han sido encargadas; en todo caso estos son aspectos que pasaremos a estudiar, baste por ahora decir que la existencia de la Corte Constitucional de Colombia es a todas luces legítima.

Así es como en el caso colombiano se reconoce la existencia y competencia de la Corte Constitucional como encargada de la guarda de la norma suprema nacional, al respecto establece el artículo 241 de la Constitución:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los

artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral

sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.»

Respecto de sus competencias para el control de constitucionalidad se expresa la Corte Constitucional en Sentencia C-739 de 2001:

La Constitución Política ha previsto la preservación de su integridad y supremacía mediante el diseño de diversos mecanismos: i) el control de constitucionalidad dirigido a que esta Corporación excluya del ordenamiento las leyes contrarias a sus dictados, previo el ejercicio ciudadano de la acción pública prevista para tal fin (Arts. 241 a 244), ii) la acción de nulidad por inconstitucional confiada al Consejo de Estado, en virtud de igual ejercicio y con igual objetivo, pero respecto de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo control no ha sido confiado a esta Corte (Art.

237), iii) el control automático de los decretos legislativos dictados en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 212, 213 y 214, iv) la revisión previa de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, v) la inaplicación ;aparte de todas las autoridades, sin el requisito de previa solicitud, de las leyes todos los campos mediante el imperativo reconocimiento del orden jurídica constitucional en todas las cuestiones de la vida nacional (Arts. 83 a 94) y vii) la inclusión de la Constitución como fuente primaria de las decisiones judiciales (Art. 230).»

5.2.2 Nombramiento de los Magistrados de la Corte Constitucional

Para establecer la legitimidad en la formación de la Corte Constitucional colombiana nos hemos centrado en el estudio del concepto de «poder legítimo», entendido como la autoridad aceptada por parte de los individuos o grupos que participan en la relación de poder (BOBBIO, N.; 1992), siendo ahora necesario estudiar si la conformación de la institución que estudiamos obedece a algún criterio de autoridad, para lo cual nos referiremos directamente a la Constitución Política de 1991 la cual como resultado de la Asamblea Nacional Constituyente

establece claramente el proceso y las condiciones para la designación de los Magistrados de la Corte Constitucional.

Respecto de la designación de los Magistrados¹⁵ de la Corte Constitucional observamos la relevante actuación del Senado de la República para su elección por periodos individuales de 8 años, partiendo de sendas ternas presentadas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia (como autoridades judiciales) y el Presidente de la República (como autoridad política); vemos en esta elección de los Magistrados la participación de los tres poderes clásicos del Estado¹⁶ de acuerdo a lo establecido en la Carta Magna, así como en la ley 5 de 1992, la cual aumentó el número a 9 magistrados y estableció un periodo individual de 8 años.

Así, observamos claramente cómo conforme la Constitución Política de Colombia lo dispone según el artículo 239:

La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

¹⁵ La primera elección de los Magistrados de la Corte Constitucional de Colombia fue realizada conforme el artículo transitorio 22, el cual expresa: «mientras no se fije otro número, la primer Corte Constitucional estará integrada por siete magistrados que serán designados para un periodo de un año así: Dos por el Presidente de la República, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado, uno por el Procurador General de la Nación. Los magistrados así elegidos designarán los dos restantes de ternas que presentará el Presidente de la Republica».

¹⁶ Nos referimos, claro está, a la división del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial planteada por Montesquieu (1980) en su conocida obra «El espíritu de la leyes», como medio para evitar la corrupción inherente a todo ejercicio de poder.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

Al respecto, el doctrinante Javier Tobo manifiesta:

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

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, inhabilidades e incompatibilidades para ser postulado a Magistrados de la Corte Constitucional, lo que permite esperar que sean personas que cumplan satisfactoriamente con las capacidades y la idoneidad requerida para el ejercicio del cargo¹⁷.

De esta forma se observa como el artículo 232 de la Carta establece que para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere:

- «1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.*
- 2. Ser abogado.*
- 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*

«Inhabilidades

No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial:

- 1. Quien se halle en interdicción judicial.*
- 2. Quien padezca alguna afección mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo, debidamente comprobada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.*
- 3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.*

¹⁷ Claro esta, que no caemos en el simplismo de concluir que por el solo hecho de establecerse un régimen de inhabilidades e incompatibilidades y unos requisitos para acceder al cargo se garantice la idoneidad de los miembros de la Corte Constitucional, pues no es una condición suficiente, pero sí es una herramienta de garantía y una intención perseguida por el constituyente.

4. *Quien esté suspendido o haya sido excluido de la profesión de abogado. En este último caso, mientras obtiene su rehabilitación.*

5. *Quien haya sido destituido de cualquier cargo público.*

6. *Quien haya sido declarado responsable de la comisión de cualquier hecho punible, excepto por delitos políticos o culposos.*

7. *El que habitualmente ingiera bebidas alcohólicas y el que consume drogas o sustancias no autorizadas o tenga trastornos graves de conducta, de forma tal que puedan afectar el servicio.»*

Y continúa:

«Incompatibilidades

Además de las provisiones de la Constitución Política, el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con:

1. *El desempeño de cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.*

2. *La condición de miembro activo de la fuerza pública.*

3. *La calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.*

4. *La gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.*

5. *El desempeño de ministerio en cualquier culto religioso.*

PARÁGRAFO 1o. *Estas prohibiciones se extienden a quienes se hallen en uso de licencia.*

PARÁGRAFO 2o. *Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.*

PARÁGRAFO 3o. *Las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los artículos 150 y 151 se aplicarán a los actuales funcionarios y empleados de la Rama Judicial».*

Cumpliendo satisfactoriamente los presupuestos y requisitos tanto legales como constitucionales de nuestra Carta los miembros de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, no podrán ser reelegidos y están sujetos a

un régimen de requisitos, inhabilidades e incompatibilidades.

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 jurídico y por consenso de la sociedad; así mismo, la Constitución en sí, como materialización de la voluntad soberana popular encarga a la Corte Constitucional su guarda, establece sus competencias y como será conformada, siendo la Corte Constitucional misma un poder estatal de naturaleza derivada o constituida, es decir, fundamentado en la decisión del constituyente primario.

5.3. EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. (Legitimidad Derivada - Tercer nivel)¹⁸.

Nuestro estudio se ha limitado a la Corte Constitucional; no obstante, vale la pena mencionar en este espacio la estructura de la jurisdicción constitucional, en ella encontramos en un lugar preponderante a la mencionada 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 Decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda 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 constitucionales¹⁹ (TOBO, J.; 2004).

Este último aspecto es fundamental y constituye un aspecto medular en nuestro análisis, pues ha sido la definición y el amparo de los derechos fundamentales, lo cual ha generado credibilidad en la Corte Constitucional y ha permitido irradiar con los preceptos del humanismo constitucional todas las esferas jurídico-políticas de la Nación, haciendo de la constitucionalización del derecho un fenómeno que ha implicado el reconocimiento de los bienes jurídicos más preciados de los ciudadanos, es decir, de sus derechos fundamentales. Claramente, la temática y los efectos de las decisiones de constitucionalidad influyen en el juicio de legitimidad respecto de la Corte, así, las polémicas decisiones sobre los fallos de efectos económicos causan reacciones

¹⁸ No podríamos en este punto pretender una imposición de nuestro criterio, si alguien, bajo sus argumentos considera diferente esta realidad será una postura aceptable pero no contradice nuestro punto, pues lo relevante en el tema de nuestro estudio son los juicios generales al tratarse de un criterio de apreciaciones comunes en la sociedad.

¹⁹ Conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional los jueces en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad no hacen parte de la jurisdicción, mientras los jueces de tutela lo hacen desde el punto de vista funcional y no orgánico (TOBO, J.; 2004).

inmediatas y generan dudas sobre los límites del juez constitucional, a la vez que los amparos por derecho a la salud, la vivienda digna o la dignidad humana (¿habrá algo más relevante en el país que sancionar a los establecimientos bancarios, a las E.P.S o el abandono estatal de los desplazados?) se convierten en la última esperanza de quienes no han podido ver respaldados sus derechos más preciados.

Igualmente, cabe resaltar como aspecto central de la materialización constitucional, la celeridad en las decisiones judiciales, respaldada por los expeditos términos que reconocen las leyes sobre acciones constitucionales²⁰, pero además por la importancia que se les ha dado en el concierto jurídico nacional, sumando a esto, la prolífica producción de decisiones, así se observa como en los dieciocho años de existencia de la Corte Constitucional se han proferido 4835 sentencias de constitucionalidad y AD 12744 sentencias de tutela, para un total de 17579 a final del 2009²¹.

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, tanto tangibles, como conceptuales, tal es el caso del desarrollo del bloque de constitucionalidad el cual se inspira en la doctrina del corpus constitucional del

Consejo Constitucional, francés y mas lejanamente en la tesis del bloque de legalidad sostenida por el Consejo de Estado francés, viendo entonces, como por medio del desarrollo jurisprudencial se 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» (UPRIMNY YEPES, R.; 2005), adquiere entonces, relevancia en sistemas en los cuales la constitución tiene una vocación normativa directa, tanto por las acciones constitucionales (se observa cómo la Constitución establece la acción de tutela en el artículo 86, acción de cumplimiento en el artículo 87 y la acción popular en el artículo 88), como por las demandas de inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley (artículo 241 de la Constitución), 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, lo cual incluye, claro está, el bloque de constitucionalidad.

Entenderemos ahora que un ordenamiento jurídico sistemático pretende ser completo y con la aparición de ordenamientos

²⁰ Ver Decreto 1382 de 2000 y Decreto 2591 de 1991.

²¹ Fuente: Relatoría de la Corte Constitucional, tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> El 16 de diciembre de 2009.

supraestatales logra articularse de forma complementaria consiguiendo que la pirámide de los ordenamientos obtenga relaciones adjuntas que aportan mayores garantías en la materialización y defensa de los derechos humanos.

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 mediante las acciones constitucionales para la protección de derechos fundamentales y al declararse la exequibilidad o no de una norma comparada respecto de la Constitución, todo 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).

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 y, en segundo lugar, ejerce funciones como órgano de control respecto de las conductas de relevancia constitucional para la defensa derechos que tengan esta naturaleza.

De otra parte, la realización de esta función integradora de los derechos fundamentales ha permitido ganar a la Corte Constitucional un margen de opinión favorable en la opinión pública nacional; así, por ejemplo en los últimos diez años la opinión a favor de la Corte ha sido en promedio del 60.2 por ciento, con puntos máximos del 70 por ciento (marzo del 2008) y mínimos del 43 por ciento (julio del 2001), mientras la opinión desfavorable de la Corte ha sido en promedio del 22.533 por ciento, con puntos máximos del 31 por ciento (marzo del 2008) y mínimos del 12 por ciento (julio del 2001)²²; claro está que la encuesta no nos permite inferir necesariamente una aprobación general respecto de la forma en que han sido ejercidas las funciones de la Corte Constitucional, no obstante vista la tendencia y las referencias comunes es posible pensar en una labor realizada conforme las expectativas generales, apoyada por las mayorías y el consenso, lo cual nos permite pensar que se ha realizado la labor de la Corte Constitucional de forma Legítima en su ejercicio.

²² Encuesta extraída de: http://www.terra.com.co/elecciones_2010/docs/doc/G-4491009_OPINIÓN_PÚBLICA_POLL_73.ppt#461.9, Diapositiva 106, el 30 de noviembre de 2009.

6. LA LEGITIMIDAD AFECTADA POR LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO²³.

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 podrían disfrazarse como correspondientes a la ética social podría generarse en vicios del consentimiento, dicho más fácilmente, es posible aparentar virtud y será el falso virtuoso un posible legitimado.

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 imparte el mandato y la

fuerza 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, o llevado a los términos políticos, afectación del juicio ciudadano por ignorancia, violencia o engaño. Sea esta simplemente la oportunidad para poner de manifiesto la posibilidad de equívoco en el proceso de legitimidad.

7. CONCLUSIONES.

A pesar de existir varios trabajos sobre este tema, hemos intentado abarcar todas las etapas del proceso de legitimación de manera independiente pero interconectada, observando cómo cada una de ellas nos permite inferir la legitimidad de la Corte Constitucional, pero siempre respaldándose cada juicio en otro, así la existencia del control de constitucionalidad encuentra su fundamento en un poder constituyente, pero a la vez debe ser ejercido con miras al amparo de los derechos de la comunidad.

Llama la atención que las tres etapas del proceso de legitimación se terminen relacionando con las grandes escuelas del pensamiento «Ius Teórico»; así en el primer juicio observamos cómo se hallaba el sustento de la legitimidad

²³ No debe confundirse este punto con una desenfocada propuesta de **transpolación** de las instituciones propias del derecho privado y en concreto con el código civil; por el contrario, se trata, en realidad, de la utilización de un criterio ampliamente conocido por los juristas como herramienta de explicación para una problemática típica de la ciencia política, es decir, la impugnación de la legitimidad.

originaria en posturas de índole doctrinal (Schmitt o Rousseau) las que serían calificadas como No positivistas, mientras en la segunda etapa vemos cómo el sustento de la existencia de la Corte Constitucional se encuentra en posturas más técnicas conocidas como positivistas, así como en el texto mismo de la Constitución elevado al rango de norma jurídica, mientras en la tercera etapa del juicio nos encontramos como soporte ante una teoría más realista²⁴, dependiendo la legitimidad derivada de la reilación de la Corte constitucional con su medio, tratándose de un enfoque más empírico.

Tal como lo expresa Robert Alexy podríamos distinguir tres grandes conceptos de validez; el sociológico, el ético y el jurídico, (2003):

Si una norma vale socialmente, si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción; mientras que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior.

Tras examinar el caso de nuestro estudio parece ser que en sede de juicio de legitimidad se observa lo mismo que en toda la teoría del derecho, donde extremos positivistas y naturalistas parecen anularse por la imposibilidad de cada uno de integrar las demás teorías pero a la vez de explicar todos los fenómenos.

Esto ha abierto la brecha para que las diferentes posiciones depuren sus estructuras mentales, hasta el punto de anular a las demás, generándose una división de extremos desde las indeterminables referencias axiológicas al derecho natural hasta el rigor formalista del positivismo jurídico que, en palabras Kelsenianas, debe analizarse separado del ser y de la moral, pasando por el manipulable concepto de la realidad de los hechos; se trata de una oscilación entre el escepticismo y el dogmatismo, los cuales equiparó adecuadamente François Ost a «Escila y Caribdis» (En: FALCON Y TELLA, M.; 1994).

Este cañón jurídico que parece arrojarnos a las bestias de varias cabezas o la marea calma de muerte segura (Escila y Caribdis)²⁵, se ha intentado superar por la diplomática postura de concebir el juicio sobre lo

²⁴ Lamentamos en este momento la falta de originalidad en las denominaciones utilizadas pero hemos preferido no alejarnos de los conceptos tradicionalmente utilizados en la doctrina.

²⁵ Los monstruos míticos de la Odisea de Homero se presentan como la tragedia de cualquier marino que intente pasar el cañón, pues evitar a Escila (la que desgarrar) implica pasar demasiado cerca de Caribdis (la que devora) y viceversa, así se describen las bestias en la conocida obra "Allí mora Escila, que aúlla terriblemente, con voz semejante a la de una perra recién nacida, y es un monstruo perverso a quien nadie se alegrará de ver, aunque fuese un dios el que con ella se encontrase. Tiene doce pies, todos deformes, y seis cuellos larguísimos, cada cual con una horrible cabeza en cuya boca hay tres hileras de abundantes y apretados dientes, llenos de negra muerte" y no menos alentadoramente se refiere a Caribdis "El otro escollo es más bajo y lo verás Odiseo, cerca del primero; pues hállase a tiro de flecha. Hay ahí un cabrahigo grande y frondoso, y a su pie la divina Caribdis sorbe la turbia agua. Tres veces al día la echa fuera y otras tantas vuelve a sorberla de un modo horrible. No te encuentres allí cuando la sorbe pues ni el que sacude la tierra podría librarte de la perdición"(Homero, la Odisea, cantos 80 y 101).

válido como condicionado a un «test» diferente, según dependa del asunto que se discuta en concreto (FALCON Y TELLA, M.; 1994).

Creemos entonces, que no basta una teoría o sistema de pensamiento para abarcar todas las etapas del proceso de legitimación, ni todas las formas del derecho.

Así como en su magistral ensayo «el elogio a la dificultad» Estanislao Zuleta explicaba cómo existe «*un verdadero abismo de la Razón que consiste en la petición de un fundamento último e incondicionado de todas las cosas*» (2007. Pág. 2), creemos que existe un «abismo de validez», el cual ha buscado, como los alquimistas, una piedra filosofal, la justicia, la eficacia y la validez de lo jurídico, que explique todos los fenómenos y nos sustente su autoridad, así como las instituciones que de él se derivan. Esperar que exista un solo concepto que nos explique todas las formas de lo que llamamos derecho y sus instituciones (la Corte Constitucional, por ejemplo) nos evoca la búsqueda de una vara mágica que convirtiera el plomo en oro.

De la adecuada utilización del criterio que se utilice dependerá la solidez del juicio realizado; así, por ejemplo, tesis contractualistas no pueden explicarnos la naturaleza del control de constitucionalidad o tesis positivistas no nos permiten entender la realidad del ejercicio de las funciones del intérprete constitucional.

De alguna forma, es emocionante ver cómo la necesidad de integrar las herramientas de juicio para no caer en reduccionismos impotentes se aplica también a nuestro estudio integrado respecto de la legitimidad de la Corte Constitucional colombiana, el cual después de estas letras, creemos posible.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ANGULO BOSA, Jaime (2002). *Gestación del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Leyer.
- ALEXY, Robert, (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia,
- ALEXY, Robert y GARZON VALDES, Ernesto (2007). *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México D.F. Ediciones Fontamará.
- BERNAL, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá. D.C. Universidad Externado de Colombia.
- BOBBIO, Norberto, (2003). *Teoría General del Derecho*. Bogotá. Editorial Temis.
- _____ (2003). *Teoría General de la Política*. Madrid, Editorial Trotta.
- _____MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política* (2005). México D.F. Siglo XXI editores.

- COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente (7 de julio de 1991), Constitución Política de 1991.
- COLOMBIA, Congreso de la República (de Junio 17 de 1992), Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.
- COLOMBIA, Congreso de la República (de Marzo 7 de 1996), Ley 270 de 1996. Ley estatutaria de la administración de justicia
- COLOMBIA, Corte Constitucional, Relatoría (2009), tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>. El 16 de diciembre de 2009.
- COLOMBIA, Corte Constitucional (1994), Sentencia C-133, Bogotá.
- COLOMBIA, Corte Constitucional (1994), Sentencia C-221, Bogotá.
- COLOMBIA, Corte Constitucional (1995), Sentencia C-225, Bogotá.
- COLOMBIA, Corte Constitucional (2006), Sentencia C-355, Bogotá.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia (1990), Sentencia del 24 de mayo de 1990. Expediente No 2149, Bogotá D.C.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia (1990), Sentencia del 9 de diciembre de 1990. Expediente. No. 2214, Bogotá D.C.
- COLOMBIA, Firma Gallup. (2009), *Encuesta de Opinión*, tomado de http://www.terra.com.co/elecciones_2010/docs/doc/
- G4491009 OPINIÓN PÚBLICA POLL 73. ppt#461,9, Diapositiva 106, el 30 de noviembre de 2009.
- COLOMBIA, Presidencia de la República (3 de Mayo de 1990). Decreto Legislativo 927 de 1990. Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.
- COLOMBIA, Presidencia de la República (24 de Agosto de 1990). Decreto 1926 de 1990. Por el cual se dictan medidas tendientes al establecimiento del orden público.
- COLOMBIA, Presidencia de la República (Noviembre 19 de 1991). Decreto 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.
- COLOMBIA, Presidencia de la República (Septiembre 4 de 1991) Decreto 2067 de 1991. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.
- COLOMBIA, Presidencia de la República Julio 12 de 2000 Decreto 1382 de 2000. Por el Cual se establecen Reglas para el reparto de Accion de Tutelas
- EISENMANN, Charles. (1986). *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle La justicia d'Autriche*. Paris. Económica.
- FALCON Y TELLA, María José (1994). *Concepto y fundamento de la validez*

- del derecho*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid.
- HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. (2009) *El ejercicio del órgano de control de constitucionalidad en Francia y en Colombia*, en *Revista Principia Iuris* 11, Tunja. Pág. 130, Art. No 9.
 - HOMERO, *la Odisea, cantos 80 y 10*, tomado de http://www.odisea.com.mx/Texto_y_comentarios/Canto_xii/Canto_xii.html el 28 de noviembre de 2008.
 - HUGO, Víctor. (1990) *Los Miserables*. Madrid. Editorial Bruguera.
 - KELSEN, Hans. (1962) *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Charles Eisenman, París, Dalloz.
 - _____(1988) *La garantía jurisdiccional de la constitución*, en *Escritos sobre democracia y socialismo*. Madrid. Editorial Debate.
 - _____(1995) *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Tecnos.
 - LASSALLÉ, Ferdinand. (2005) *¿Qué es una Constitución?* Bogotá, Temis.
 - MONTESQUIEU, Charles de Secondât (1980). *El espíritu de las leyes*, Madrid. Tecnos.
 - NEGRI, Antonio. (1994). *El poder constituyente*, Madrid. Libertarias-Prodhuft.
 - NOGUERA, Rodrigo. (2002). *Introducción General al Derecho*. (4ª ed.). Bogotá. D.C: Universidad Sergio Arboleda.
 - OST, François. (1987). *Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique*, en «Droit et Pouvoir», T.1. Bruxelles, Story-Scientia.
 - PIERRE-CAPS, Stéphane, CONSTANTINESCO Vlad. (2006). *Droit constitutionnel*. Paris, Thémis droit.
 - PALACIOS PRECIADO, Jorge. (1991). *Diego de Torres y Alonso de Silva: dos caciques mestizos luchan por la justicia social en el siglo XVI*. Bogotá, en *Revista Credencial Historia*. Edición 14 Febrero de 1991
 - ROUSSEAU, Dominique. (2006). *Droit contentieux constitutionnel*. Paris, Montchrestien
 - ROUSSEAU, Jean Jaques. (1990). *El contrato social*, Madrid, Alianza Editorial.
 - ROUSSILLON, Henry. (2000). *Le conseil constitutionnel*. Paris Dalloz.
 - SCHMITT, Carl. (1983) *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos.

- _____(2003) *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial.
- TOBO, Javier. (2006). *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá. Editorial Ibáñez.
- UPRIMNY, Rodrigo. (2005) y GARCÍA Mauricio. (2005). *La reforma a la tutela ¿Ajuste o desmonte?* Tomado de Internet el 02 de febrero de 2006 http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=75. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad- DeJuSticia.
- _____(2003). *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*. En: *Independencia Judicial en America Latina ¿de quien?, ¿para que? ¿como?* Bogotá D.C. Instituto de Servicios Legales Alternativos-ILSA.
- _____ (2005) *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Tomado de Internet el 15 de febrero de 2006, a las 18:00. http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad- DeJuSticia
- _____(2006). *Hay que mantener la tutela contra sentencias*, tomado de Internet el 05 de mayo de 2006, a las 15:30. de <http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0035/articulo01.pdf>. Corporación viva la ciudadanía.
- YOUNES, Diego. (2006) *Derecho Constitucional Colombiano* (8ª ed.). Editorial Ibáñez. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- ZULETA. Estanislao. (2007) *Elogio de la dificultad*, tomado de Internet el 5 de febrero de 2007, a las 10:00 de http://www.elabedul.net/Articulos/el_elogio_de_la_dificultad.php

Esta revista se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ

Contenido

Editorial 9

Presentación 11

Sección I. Artículos de producción institucional.

Conceptos sobre la responsabilidad estatal:
una aproximación a la responsabilidad del
estado por actos terroristas 15
Yolanda M. Guerra García.

El derecho de marcas frente a las infracciones
al derecho de la competencia. 35
Fernando arias García.

Hacia un nuevo modelo de enseñanza
exitosa: dogmatización fallida del derecho 49
Germán Bernal Camacho y
María Fernanda Murillo Delgadillo.

Ecología intelectual, del sitio de producción
de la teoría pura del derecho 59
Carlos Alberto Pérez Gil.

Derechos del enfermo derivados del
consentimiento informado 75
Enrique López Camargo.

Estudio integrado de la legitimidad
en la Corte Constitucional colombiana 91
Diego Mauricio Higuera Jiménez.

Sección II. Tema Central –Punición, Análisis críticos.

El principio de igualdad de armas en el sistema
procesal penal colombiano a partir del acto
legislativo 03 de 2002 121
Alfonso Daza González.

Contravenciones comunes de policía
en Colombia. 147
Luis Enrique Rodríguez Gómez.

Breve historia de la cárcel 159
Carlos Gabriel Salazar Cáceres.

Concepciones y prácticas sobre la enfermedad
mental en Colombia. Siglos XVI al XXI. 177
Fabián Leonardo Benavides Silva.

El derecho humano al agua y las garantías
para su realización 203
Alfonso Daza González.

Sección III. Temáticas Internacionales, Extranjeras y Comparadas.

Manifestaciones del principio acusatorio:
exégesis de la ley de enjuiciamiento criminal
en España. 231
Juan Ángel Serrano Escalera



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



0124- 2067