

Principia IURIS

16



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN N° 5337
del 25 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

Experiencia y Calidad

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 16

pp. 01 - 446

julio
diciembre

2011

ISSN: 0124-2067



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

CATEGORÍA
COLCIENCIAS A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 16

Tunja, 2011-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

CATORCE (16)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2011

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. 31035

Correo electrónico

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

Diseñador: Santiago Suárez Varela

Corrector de estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente investigador de la Facultad

Revisión Inglés:

Angela Marcela Robayo Gil,
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Andrés Felipe Torres Cardozo, Harold Yesid Villamarin Preciado, Juan Sebastián Hernández Yunis monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal, la divulgación hecha a Bibliotecas y centros educativos se entiende realizada con fines académicos.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

LA MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

**TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
EN PRINCIPIA IURIS.**

1. *Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.*
2. *Anexo al artículo deberá anexarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.*
3. *Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS*
4. *Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico, en todo caso no se revela el nombre del par a los autores.*
5. *Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.*
6. *Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y al comité editorial para su evaluación final.*
7. *De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.*
8. *El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.*
9. *Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.*
10. *PRINCIPIA IURIS: Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.*

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

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

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

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

DIRECTOR

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

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad paris X, Francia

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

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

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de estudios a distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

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

C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

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

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Ph. D. Natalia Barbero

Abogada. Especialista en Derecho Penal. Con Master en Derecho Comparado (USD, Estados Unidos). Doctora en Derecho Penal (UNED, España). Con certificado de Suficiencia Investigadora en la Universidad de Sevilla. Ex - becaria Fulbright. Ex - becaria del Instituto de Cooperación Iberoamericana. Profesora de Derecho Penal y de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Buenos Aires (niveles de grado, posgrado y Maestría Penal del Mercosur). Profesora de Teoría del Delito y de Derecho Penal Internacional en el Curso de Especialización del Ministerio Público (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional (Posgrado y Maestría) en la Universidad de la Patagonia (Trelew y Comodoro Rivadavia), Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Central del Ecuador. Traductora Pública de Inglés. Traductora oficial del Profesor George P. Fletcher. Secretaria de Relaciones Institucionales de la Revista de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Integrante del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Penal Económico. Responsable de la sección de jurisprudencia de Derecho Penal Tributario de la página web de Derecho Penal Económico (Rubinzal).

Ph.D. Rafael Ballén Molina

Abogado Universidad Libre De Colombia – Bogotá, Especialista Derecho Administrativo Universidad Libre De Colombia, Magíster Universidad de Zaragoza, Doctor En Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza, Director del grupo de investigaciones hombre sociedad estado. Universidad de Zaragoza, Profesor e investigador y doctor en derecho publico por la universidad Zaragoza (España), Director del grupo de investigación hombre-sociedad-estado. Ex Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, Ex Procurador Delegado- rafaballen@hotmail.com.com.

C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, Universidad UPTC, Abogado, Universidad Autónoma, Bogota, Especialista en Derecho Medico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle, Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente, Universidad Distrital Francisco José de Caldas Facultad de Ciencias y Educación.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Fray Luís Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División, USTA Tunja, Abogado Universidad Católica Filósofo, Teólogo Universidad Pontificia Bolivariana, Magister (c) Derecho Público USTA.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad De Nantes Francia, Docente investigador Facultad de Derecho
Teléfono: 7440404-3125430916. Alexisramirezarenas@hotmail.com.

Esp. Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia
Derecho con Especialización en la Universidad Externado de Colombia en
Derecho Comercial y Especialización en la Universidad Del Rosario en
Derecho Procesal Civil

Esp. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

CONTENIDO

Editorial 15

Sección I: Artículos de carácter general para el estudio de la ciencia jurídica

El por qué de los semilleros 19
Dr. Jairo Parra Quijano

Carlos Arturo Torres E Idola Fori 27
Mg. Carlos Gabriel Salazar

La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa..... 39
Mg. Fernando Arias García

La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativo 61
Mg. Fernando Badillo Abril

Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento..... 83
Mg. José Helvert Ramos Nocua

Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano..... 121
Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción 143
Ph.D Yolanda M. Guerra García

Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia 167
Esp. Mario Alfonso Villate Barrera

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
-----------------	-----------------	--------	-------------	-----------------	------	-----------------

El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales. 189
Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa

El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. 233
Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección II: tema central - ciudadano, estado y justicia: la redivindicación por el respeto de los derechos fundamentales

La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político 289
Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez

Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable..... 307
Esp. José Leonardo Suarez

La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano. 331
Esp. Gustavo Aguilera B.

Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías. 377
Lt. Vanesa S. Alfaro.

Sección III: temáticas internacionales, extranjeras o comparadas

Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad 397
Lic. Genaro Velarde Bernal

La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán 413
Mg. Eyder Bolívar Mojica

EDITORIAL

CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Presentamos a la comunidad académica, jurídica e intelectual, el número 16 de la Revista Institucional, Principia Iuris, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio - Jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Seccional Tunja, correspondiente al segundo semestre de 2011, en la cual se presentan los resultados definitivos de las investigaciones desarrolladas por los autores, con rigor metodológico y conceptual, habiendo sido aprobados por los pares evaluadores, el comité editorial y el editor.

La investigación únicamente se justifica, en tanto que función sustantiva de la universidad, cuando integra el proceso de enseñanza-aprendizaje y la proyección social, enseñanza que implica el dominio de múltiples competencias las cuales se desarrollan, fortalecen y perfeccionan cuando el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, después de todo el desarrollo de un proyecto implica el dominio de un área y la evidencia de la capacidad de tratar un tema con rigor, por lo cual la habilidad cognitiva, lecto-escritural y argumentativa, se ha de desprender de una habilidad para la investigación, un jurista en la vida moderna, no podrá acceder a grados de magister o doctor, ni a publicaciones reconocidas sin la habilidad para la investigación, por eso mismo, son precisamente quienes no han accedido a estos espacios de publicación y titulación, quienes cuestionan pobremente la formación para la investigación, negándose a las exigencias contemporáneas y destinadas como los que no se adaptan, a la extinción.

Por otro lado la proyección social la obtenemos a través de proyecto explícitos de carácter social evidenciados en un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, sin embargo no solo mediante el activismo se logra un impacto social de la investigación, sino que el resultado mismo en la ciencia del derecho es el aporte a la comunidad, después de todo la comunidad que goza de un sistema jurídico sólido esta destinada a prosperar, así las cosas el aporte de los procesos de investigación se evidencian por estas diferentes vías, y ante todo, porque el proceso de formación nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación constante, ellos son el principal impacto social de nuestros proyecto y líneas.

Históricamente se nos presentan distintos conceptos en una surte de división excluyente como es el caso de las doctrinas, realista, positivista y naturalista entre las relevancias fácticas normativas y axiológicas, sin embargo nuestras convulsionadas sociedades no necesitan mas razones para separarse y desquebrajarse , al contrario tener los puentes que generen la cohesión necesaria para fortalecer el tejido social sobre el cual desarrollar una sociedad que persiga el interés general debe ser la meta superior del desarrollo investigativo.

En ese orden de ideas esa sedación entre ciudadanos y organización estatal como contendientes separados por los derechos donde uno ejerce su poder para su violación o el otro los reivindica para detener el desarrollo, es una percepción del todo indeseable y anti técnica, pues no son contendores en un rin sino parte del mismo entre reamado que persigue el interés general, el cual en una democracia solo puede entender ese como la construcción de una sociedad que se despliega en le desarrollo y respeto de los derechos fundamentales

Así, con orgullo, presentamos los aportes de los investigadores que han plasmado una vez más en estas páginas lo mejor de su inteligencia y fuerza de trabajo, nuestro reconocimiento a, Jairo Parra Quijano, Carlos Gabriel Salazar, Fernando Arias García, Fernando Badillo Abril, José Helbert Ramos, Rubén Serna, Yolanda M. García Sierra ph. D, Mario Alfonso Villate Barrera, Yenny Carolina Ochoa, Diego Mauricio Higuera Jiménez, Deiby A. Sáenz Rodríguez, José Leonardo Suárez, Gustavo Aguilera B, Vanesa S Alfaro, Genaro Velarde Bernal, Eyder Bolívar Mojica, con temas sobre ¿que es la investigación?, Carlos Arturo Torres e Idola Fori, la estructura del proceso contencioso en la ley 1437, la ley 1395 y sus reformas al proceso declarativo, problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento, llamemos a las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad ciudadana y particularidades del derecho público colombiano en la actualidad junto con el derecho penal además de algunas temáticas de derecho internacional.

En este orden la Facultad de Derecho por medio de su Centro de Investigaciones presenta su revista número 16, como un reconocimiento a quienes han decidido tomar estos caminos más exigentes y fructíferos, como una invitación para quienes los vayan a cursar, está destinada esta publicación.

Y por su puesto ¡gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

**SECCIÓN I: ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA
EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA.**

EL GOBIERNO DE LOS JUECES, EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, ENTRE LA POLÍTICA, LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO.

Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez*

Fecha de recepción: 09-09-11

Fecha de aprobación: 27-11-11

“Cercana tengo la perniciosa muerte, que ni tardará, ni puedo evitarla. Así les habrá placido que sea, desde hace tiempo, a Zeus y a su hijo, el que hiere de lejos; los cuales, benévolos para conmigo, me salvaban de los peligros. Ya la Parca me ha cogido. Pero no quisiera morir cobardemente y sin gloria, sino realizando algo grande que llegara a conocimiento de los venideros.”
Héctor al enfrentar a Aquiles.
La *Ilíada* de Homero.

RESUMEN**

En el estudio sobre el llamado “gobierno de los jueces” es necesario en primer lugar analizar el concepto mismo, pues sin la claridad misma del objeto de estudio se caería en las infortunadas afirmaciones que de manera temeraria se ven en medios de comunicación, tras la construcción del término que analizamos se procederá a verificar la crítica que considera los fallos de constitucionalidad como decisiones políticas, adentrándonos en la idea misma de política y poder público, con lo cual podremos evidenciar la relación existente entre los fallos jurídicos y su necesidad de poder para materializarse.

En la segunda parte se examinará la tesis del derecho de las mayorías, como aparente deslegitimación democrática del control de

* Abogado, Magister en derecho Público y Ciencia Política, Université Nancy 2 Francia, candidato a doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Facultad de Derecho Categoría “A” en Colciencias, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Email dhiguera@ustatunja.edu.co

** Artículo de investigación, producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación “Argumentación y Derecho Constitucional”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho, vinculado a la línea de investigación en “derecho constitucional y construcción democrática”. Agradecemos en este momento la valiosa colaboración de las estudiantes miembro del semillero de investigación Veritas Font Libertatis: Ángela Marcela Robayo Gil y Sandra Milena Estupiñán Orjuela

MÉTODO: Analítico conceptual de orden deductivo, tomando como premisas las concepciones normativo-teóricas sobre el control de constitucionalidad y la doctrina más relevante al respecto.

constitucionalidad, de la misma manera que en el capítulo anterior será necesario reconstruir el concepto de democracia para a la luz de este verificar que el órgano encargado del control de constitucionalidad no es antidemocrático, al contrario es eje de la democracia misma.

PALABRAS CLAVES

Constitución, Control de Constitucionalidad, política, poder, democracia, interpretación.

ABSTRACT

The study on the so-called “government of judges” is necessary to first analyze the concept itself, for without the clarity of the object of study fall into the unfortunate statements that are so reckless in the media after the construction of the term that shall be analyzed to verify the *critica* that considers the constitutional decisions as political decisions, going into the very idea of politics and public power, which we demonstrate the relationship between court decisions and their need for power materialize.

In the second part examine the thesis of the right of the majority, as apparent democratic legitimization of judicial review in the same manner as in the previous chapter will be necessary to reconstruct the concept of democracy in the light of this check that the body responsible of judicial review is undemocratic, the opposite is the axis of democracy itself.

KEY WORDS

Constitution, judicial review, politic, power, democracy, interpretation.

RÉSUMÉ

L'étude sur la soi-disant «gouvernement des juges» est nécessaire d'analyser d'abord le concept lui-même, car sans la clarté de l'objet de la chute de l'étude dans les déclarations malheureuses qui sont si téméraire dans les médias après la la construction du terme qui doit être analysée pour vérifier la *Critica* qui considère que les décisions constitutionnelles que les décisions politiques, d'entrer dans l'idée même de la politique et la puissance publique, que nous démontrent la relation entre les décisions des tribunaux et leur besoin de pouvoir concrétiser.

Dans la deuxième partie d'examiner la thèse du droit de la majorité, comme il ressort de légitimation démocratique du contrôle judiciaire de la même manière que dans le chapitre précédent sera nécessaire de reconstruire le concept de la démocratie à la lumière de cette vérification que l'organisme chargé de contrôle judiciaire est antidémocratique, c'est le contraire de l'axe de la démocratie elle-même.

MOTS-CLES

La Constitution, le contrôle constitutionnel, la politique, le pouvoir, la démocratie, l'interprétation.

SUMARIO

1. Introducción 2. El juez constitucional como órgano político. 2.1. El gobierno de los jueces 2.2. La política como pluralidad. 2.3 (¿bueno o malo?) sobre la moral y el derecho en la política. 2.4. El juez de lo político. 3. La democracia constitucional 3.1. Objeción democrática, la virtud legislativa, Waldron. 3.2. Un problema conceptual, una vez más, ¿que es democracia? 3.3. Es democracia. Un problema conceptual, una vez más, ¿que es democracia? 4. Conclusiones 5. Referencias bibliográficas.

METODOLOGÍA

El presente artículo tiene como base un método documental de orden analítico deductivo con respecto a la dogmática correspondiente al derecho constitucional, con la cual se pretende dilucidar el ejercicio de los operadores judiciales como una dinámica entre el poder la política y el respeto a la democracia

1. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad como actividad jurisdiccional encargada de verificar el respeto de los mandatos contenidos en la Ley Fundamental es una idea ampliamente difundida en el constitucionalismo contemporáneo (Fromont, 1996) conforme la cual, se

deben sancionar las afectaciones a los mandatos constitucionales, incluyendo, la ley votada por el Congreso mediante la declaratoria de inexecutable y las conductas que afecten derechos fundamentales a través de las acciones de amparo, haciendo efectivos los mandatos de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico en la cual se consignan los principales postulados del sistema de derecho y que en el sentir de Javier Tobo (2004; p.134) “el concepto de Constitución en esta forma de organización, las reglas jurídicas de categoría superior son normalmente reunidas en un texto único denominado Constitución, y después de todo, si existe una norma, se requieren sanciones frente a su incumplimiento” y como el mismo Tobo (2004; p.134) afirma, “donde haya una regla de derecho, debe haber una autoridad que pueda sancionar su desconocimiento.”

Este control de constitucionalidad, sobre las conductas estatales y particulares a través de una decisión que posee fuerza de cosa juzgada es realizado en nuestro ordenamiento por la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte Constitucional¹. El principio mismo de una jurisdicción constitucional esta en que ella pueda censurar el trabajo del poder legislativo invocan-

1 De acuerdo con la Sentencia C-037 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, los términos “jurisdicción constitucional” y “control de constitucionalidad” a que hace alusión el precepto que se estudia, deben interpretarse, para efectos de su ubicación dentro de la estructura de la rama judicial, de conformidad con las previsiones, principios y postulados contenidos en la Constitución. Así, únicamente para estos propósitos, puede señalarse que el control de constitucionalidad es el que se ejerce por un órgano competente, a través de un pronunciamiento definitivo respecto de la concordancia de ciertas normas jurídicas con la integridad y la primacía de la Carta Política“.

do una contrariedad con relación a la Constitución, misión que es necesaria para garantizar el Estado Social de Derecho en respeto de la máxima voluntad del soberano la cual ha sido manifestada constitucionalmente. De acuerdo con Eisenman (1986), “el órgano de control de constitucionalidad y los sistemas de derecho legislado están ligados, si no necesariamente al menos de forma natural.”

Pero no todo es tan sencillo, esta labor ha sido acusada de haberse convertido en un autentico gobierno de los jueces, termino que ha sido utilizado como genérico para manifestar diversos desacuerdos con la justicia constitucional, considerándola, cómo un activista, un poder discrecional, un órgano antidemocrático, un fallador insensible a las limitaciones pragmáticas (Aparicio, 1983), si agrupamos estas criticas podemos ver de un lado los cuestionamientos sobre la labor política del juez constitucional y del otro su critica desde la objeción democrática o mayoritaria.

Consideramos en este orden de ideas, que para abordar el tema es necesario en primer lugar organizar analíticamente la problemática, identificando los conceptos, cuestionando su solidez y debatirlos con las otras posturas, después de todo, si se toma una posición marcadamente subjetiva y no se llega a una idea razonada caeríamos fácilmente en aquello que se pretende evitar, tanto con los limites al poder le-

gislativo como con la proscripción de un poder jurisdiccional controlador, la arbitrariedad.

Así las cosas, el lugar del órgano de control de constitucionalidad en la estructura del poder estatal ha producido la resistencia de ciertos sectores que le han acusado de establecer un gobierno de los jueces (primera parte) en detrimento de su verdadero objetivo, la democracia constitucional (segunda parte).

2. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO POLÍTICO.

2.1. EL GOBIERNO DE LOS JUECES

Para todos aquellos familiarizados con el lenguaje del derecho Constitucional, y para muchos que no lo están, es cercano el término “gobierno de los jueces”; concepto que aunque para la mayoría resulte reprochable resulta no ser entendido por todos en la misma manera, ya que podría tratarse de decisiones políticas por parte de los jueces o tratarse de una intromisión en las esferas legislativa o administrativa; puede ser igualmente una situación generalizada o un fallo concreto, así como puede referirse a todos los jueces o solo a una corporación y bien puede ser legítimo o ilegítimo, ¿a cual de éstas variantes se refiere una persona al hablar del gobierno de los jueces? Podría incluso tratarse de todos estos términos simultáneamente.

Pues bien, el genérico gobierno de los jueces se ha usado desde la primera referencia dada por Lambert (1921), como una crítica directa a la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad jurisdiccional, crítica fundamentada en la falta de legitimidad democrática de un juez para decidir de un asunto constitucional una vez aprobado por el parlamento. No es sorpresa que se trate de una terminología hostil ante el control de constitucionalidad de normas, indistintamente se trate del sistema norte americano o europeo continental².

Se trata entonces de una oposición al poder judicial de rango constitucional sustentándose en la autoridad del legislativo elegido por votación popular y cuestionando el poder de los jueces, así se expresa López Daza (2011; p.184) al respecto: “Los críticos y algunos sectores del gobierno han atacado esta jurisdicción preguntándose: ¿Cómo pueden los jueces ir en contra del trabajo del legislador?; ¿cómo la voluntad de los representantes democráticos elegidos puede ser confrontada con la voluntad de aquellos que no

son elegidos?”.

Esta terminología nacida en la doctrina francesa respondería a una presunción de soberanía y legitimidad parlamentaria arraigada en el sistema galo y una clara oposición al control de constitucionalidad, al punto que Georges Vedel manifestó “Los gobernantes de todas las tendencias están rápidamente listos para gritar ante el gobierno de los jueces”³.

La crítica no se desarrolla solamente de manera conceptual sino que se plantea como una preocupación ante el riesgo, en el sentido más pragmático, de adoptar un modelo que no garantiza certeza sobre la manera en que serán resueltos los asuntos dado el carácter abstracto de las declaraciones constitucionales, así se expresa Gastón Jèze “El sistema de control, por parte de jueces, de la constitucionalidad de la ley, sería en Francia, muy peligroso si adoptamos la teoría desarrollada por algunos autores modernos sobre la constitucionalidad de un gran número de principios generales, más o menos vagos”⁴.

2 “La noción del “gobierno de los jueces”, siempre notablemente hostil frente al control judicial de constitucionalidad de las leyes, encierra en ultimo termino una común carga critica: la falta de legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales, cuyos miembros no solo no han sido elegidos sino que son irresponsables”. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2009) «fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges». tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958). Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. pág. 206

3 Las traducciones del francés las realizamos de cuenta propia intentando ceñirnos al concepto expresado: “les gouvernants de tous bords sont vite prêts à crier au gouvernement des juges”.VEDEL, G., “Préface” a la obra de BATAILLER, F. (1966).

4 En el original: “Le système de contrôle, par les juges, de la constitutionnalité intrinsèque de la loi serait, en France, très dangereux si l’on adoptait la théorie développée par certains auteurs modernes sur le caractère constitutionnel d’un grand nombre de principes généraux, plus ou moins vagues”. (JEZE, 1924; p. 399-420).

Estas sospechas se fundamentan en la irresponsabilidad (política y legal) de los encargados de las decisiones judiciales y el origen no democrático de sus miembros, lo cual podría devenir en una suplantación del poder, lo que a su vez permitiría, mediante “argucias jurídicas”, revertir la legislación mejor intencionada. Éste “gobierno de los jueces” nos evocaría el detestado “antiguo régimen”, así manifiesta Jèze al respecto “Que se suponga, la hipótesis no es quimérica, los tribunales o incluso un Tribunal Supremo lleno de un espíritu hostil a las reformas democráticas, sociales o fiscales. Bajo el pretexto de controlar la constitucionalidad intrínseca de las leyes, estos tribunales, el Tribunal de Justicia tendría el poder y soberano formidable para dormir, mediante argucias jurídicas, todas las leyes de reformas de este tipo. Este sería el gobierno de los jueces, o más bien el gobierno de una Corte Suprema de Justicia, un cuerpo inamovible e irresponsables, sospechoso, por sus orígenes y el entorno social donde se recluta, para hacerse pasar por el defensor de los privilegios de las clases poseedoras. Comenzamos de nuevo la lamentable historia del Parlamento de París del Antiguo Régimen”⁵ (subrayado fuera del original).

Esto es precisamente lo que denuncia Lambert (1921), en su obra, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation*

sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, remarca los efectos reaccionarios ante la evolución del Derecho norteamericano al declararse la inconstitucionalidad de las leyes que buscaban responder a las demandas de protección para sectores sociales más desfavorecidos, a la vez que se tenía una clara propensión a amparar los intereses de los poderes económicos industriales y financiero.

En este sentido se encuentra enmarcado el argumento dado por Waldron (2005; p.295) al poner en evidencia las sentencias realizadas en desarrollo del control de constitucionalidad difuso del ordenamiento estadounidense, contra todas aquellas leyes que estipularan garantías sociales de derecho laboral y regulación de las fábricas en el período de 1880 a 1930, a lo cual podremos adherir la infame decisión del caso Dred Scott contra Sandford mediante la cual se declara constitucional la esclavitud y se niega la ciudadanía a todas las personas afrodescendientes

5 “Que l’on suppose, l’hypothèse n’est pas chimérique, des tribunaux ou même simplement une Cour suprême animés d’un esprit hostile aux réformes démocratiques, sociales ou fiscales. Sous prétexte de contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois, ces tribunaux, cette Cour auraient le pouvoir redoutable et souverain de mettre en sommeil, pour des arguties juridiques, toutes les lois réalisant des réformes de ce genre. Ce serait le gouvernement des juges, ou plutôt le gouvernement d’une Cour suprême, d’un corps inamovible et irresponsable, suspect, par ses origines et la milieu social où il est recruté, de se poser en défenseur des privilèges des classes possédantes. On recommencerait l’histoire lamentable du Parlement de Paris de l’Ancien régime” (JEZE, 1924 ; p. 399-420)

en Estados Unidos⁶, nótese que el problema no es la existencia del control de constitucionalidad sino la falta de razones para éstas decisiones en las cuales no existe un proceso hermenéutico y argumentativo.

Recordemos, que en sintonía con esta doctrina el constituyente de la Carta francesa de 1958 estableció un Consejo Constitucional con una voluntad negativa para evitar un verdadero control de constitucionalidad, es decir, un control sobre el fondo de las leyes. Para los constituyentes de 1958, el Consejo debía resolver sobre la repartición de las competencias pero no sobre la constitucionalidad de las leyes, relacionando los principios generales, derechos y libertades del preámbulo referenciados por remisión al preámbulo de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así, cuando le preguntaron a Raymond Janot “por los autores del anteproyecto de la Constitución, ¿el preámbulo no tiene pues valor constitucional?”. El respondió con claridad: “No, cierta-

mente”⁷, en todo caso tratándose del sistema francés es necesario considerar que le Consejo Constitucional toma las decisiones que son publicadas en el periódico oficial no como acciones notificadas en calidad de disposiciones judiciales, como si ocurre en el caso colombiano.

Sumado al cuestionamiento de ausencia de autoridad se ha planteado como concepto del “gobierno de los jueces” la intromisión de las decisiones judiciales en los campos propios del ejecutivo y el legislativo (López Daza, 2005; p.179), mediante decisiones moduladas o acciones positivas (López Daza, 2011; pp. 169-193), superando la concepción tradicional del legislador negativo (López Daza, 2010).

Esta actividad aprecia la labor de una determinada Corte Constitucional como demasiado activista y excesiva en sus competencias, transformando la naturaleza de la función de jurídica a política en la cual las sentencias se profieren por criterios y no por nor-

6 Habiendo estado en Illinois donde no se autorizaba la esclavitud y en el territorio desorganizado situado al norte de la latitud 36° 30', donde la esclavitud había sido prohibida, Dred Scott acciona judicialmente para pedir su libertad, pues dos veces había residido en suelo libre, la decisión del juez Taney sostiene sería inconstitucional privar a los ciudadanos de sus bienes aún si salen del estado, lo cual declara constitucional la esclavitud en todo el territorio. Así mismo sostiene que Scott no es un ciudadano por el simple hecho de su raza, al respecto el fallo sostiene “A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a “citizen” within the meaning of the Constitution of the United States” “Un negro libre de la raza africana, cuyos ancestros fueron traídos a este país y vendidos como esclavos, no es un “ciudadano” en el sentido de la Constitución de los Estados Unidos”. Unides States of America, Supreme Court Of The United States, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)

7 En frances « Quand l'ont demandé a Raymond Janot «pour les auteurs de l'avant-projet (de la constitution), le Préambule n'a donc pas valeur constitutionnel ? » il a clairement répondu « non, certainement» FRANCIA, Asamblea Nacional Constituyente, trabajos preparatorios de la Constitución, Travaux préparatoires de la Constitution, Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, Doc. Fr., 1960 p.101.

mas. Se trata claramente de un exceso de competencias en el cual se desborda la capacidad del tribunal constitucional en detrimento de las demás funciones públicas. En muchas sentencias de constitucionalidad, la Corte ha manipulado sus decisiones lo que ha avivado el debate sobre la extralimitación de sus funciones y ha generado la acusación de que Colombia haya pasado a tener un “gobierno de los jueces” (López Daza, 2011; p. 178).

Manifiesta el profesor López Daza (2010, p.81) que estas acusaciones al juez constitucional son “Debido a su “actividad” intensa, está acusado de “prevaricar” y lamentamos que Colombia se haya convertido en un “gobierno de los jueces”” No obstante estos lamentos, no queda claro si a juicio del doctrinante López Daza se trata de un gobierno de los jueces o de un sistema con control de constitucionalidad, además no existe ningún argumento concreto para tal afirmación siempre que no se delimite claramente a qué se refiere, después de todo no es lo mismo cuestionar el origen de la Corte Constitucional, sus funciones o algún fallo determinado.

Podemos observar que a la par de la

oposición de la democracia mayoritaria está la crítica derivada de la decisión política, como contraposición a la decisión jurídica que se entiende como propia de los jueces; acusación que puede versar sobre la credibilidad de los fallos, sus límites competenciales o el interés que se desprende de los mismos.

Si bien es cierto que el concepto se utiliza, de forma paradójica, para cuestionar sentencias y decisiones contra facciones políticas, consideramos que este tratamiento es impropio pues la labor judicial es aplicar la ley a quien sea, si la bancada de gobierno se conforma con el apoyo de grupos al margen de la ley o si se cometen varios delitos en el proceso de una reforma legal el juez debe aplicar la ley, lo político sería violar el Estado de derecho por favorecer a determinados sectores, dicho de otra forma, lo político no está en quien es juzgado sino en las razones de los mismo y en las competencias.

Todo esto lo podemos agrupar en el genérico de Waldron (2005) como arbitrariedad, entendida como ausencia de legitimidad, imprevisibilidad de las afirmaciones o ausencia de razonamiento sobre el asunto como una

cuestión meramente voluntarista⁸, sin embargo consideramos que para un estudio pormenorizado y analítico es necesario en primer lugar identificar las dos principales aristas que componen el concepto de “gobierno de los jueces”, es decir la consideración de las decisiones políticas que desarrollaremos a continuación y la crítica al control de constitucionalidad como antidemocrático, tal como se apreciará en la segunda parte.

Queda claro que no nos referimos a la administración de los jueces, como igualmente se ha utilizado el término, por claras razones de pertinencia no

se incluirá esta definición en nuestro análisis (López Guerra, 1997; p.11), de la misma forma no incluimos en nuestra construcción conceptual la existencia de un control de constitucionalidad sólido como sinónimo del “gobierno de los jueces”, después de todo esta imputación pareciera mas panfletaria y peyorativa contra el poder judicial que analítica respecto de las competencias y la división de poderes⁹.

No obstante lo antes expresado en este capítulo, parece ser que las réplicas hechas a título del “gobierno de los jueces” no parecen tan fundadas y ciertas como lo mostraremos más adelante,

8 “En la filosofía del derecho contemporánea, la palabra “arbitrario” posee al menos tres sentidos, todos ellos negativo. A veces significa “impredecible”, y éste era, como ya dije, el problema que preocupaba a Jeremy BENTHAM y otros filósofos de la corriente principal del positivismo británico. Otras veces significa “no razonado”, como cuando una decisión refleja un perjuicio o es tomada por capricho, más que sobre la base de un argumento. Este segundo sentido difiere del primero, ya que una decisión judicial puede no estar razonada sin ser por ello “impredecible”. Por ejemplo podemos saber por anticipado que un juez es un conservador nato en algunas materias y ser capaces en consecuencias de predecir sus respuestas. Por otra parte, una decisión jurídica puede ser impredecible aun estando razonada. Podemos saber que un juez razonará moralmente, siguiendo sus propias condiciones, pero sin conocer cuál es el marco moral del que partirá. O incluso aunque sepamos que el juez, por ejemplo utilitarista podemos no ser capaces de predecir su decisión porque no sabemos lo suficiente acerca de sus capacidades de razonamiento o acerca de la información de la que dispone. Un tercer sentido de “arbitrariedad” es especialmente importante para el derecho constitucional estadounidense. Algunos opinan que, incluso cuando lo jueces toman decisiones morales de la forma más razonada y predecible posible, dichas decisiones carecen de legitimidad política, son el pueblo o los legisladores que éste ha elegido los que deben tomar este tipo de decisiones. No son los jueces lo que deben determinar los principios y valores sociales. En este sentido democrático, “arbitrario” significa algo parecido a “carente de autoridad o legitimidad”. (WALDRON, 2005; p. 199 y 200).

9 Parece ser la imprecisión en que se cae cuando se asocia control de constitucionalidad con el “gobierno de los jueces” como en este caso cuando se afirma: “La exposición de Troper el concepto de gobierno de los jueces se reconocería de cuatro maneras: 1. Los jueces gobernarían porque disponen de una parte del Poder Legislativo, tesis propuesta por Lambert y Kelsen. Según este autor, si los jueces pueden apartar del mundo jurídico una ley, ellos también tendrían un Poder Legislativo. Serían, entonces, legisladores negativos. 2. La segunda forma se relaciona con la posibilidad de los jueces de iniciar de oficio ciertas acciones o controles como el de constitucionalidad. 3. Una tercera forma hace referencia a la posibilidad de los jueces de aplicar principios vagos. Según Eisenman, discípulo de Kelsen, “si el juez pudiera enunciar él mismo los principios aplicables, el gobierno de los jueces substituiría al gobierno de legislador”. Troper explica diciendo: “si los principios son formulados de manera precisa y no vaga, y si el juez se encuentra encerrado en su propia jurisprudencia, entonces el gobierno de los jueces no estaría aquí materializado”. 4. Una cuarta posibilidad dice que existiría un gobierno de los jueces si éste fuera en contra de la voluntad del legislador.” (LÓPEZ DAZA, 2011; pp. 169-193).

creemos en todo caso que la respuesta está en fortalecer el derecho y no en desvirtuarlo.

2.2. LA POLÍTICA COMO PLURIVALENCIA.

Usualmente el concepto de política se ha usado para referirse al ámbito de gobernar una sociedad por parte del poder soberano (delegado), que está a cargo del Estado. La relación política establecida entre gobernantes y gobernados es entendida como relación de poder, que es aquella actuación de un sujeto capaz de determinar el comportamiento de otro, y que de acuerdo con Bobbio (2003; p 237), el poder es entendido como la capacidad de un sujeto de influir, condicionar y determinar el comportamiento de otro individuo. El vínculo entre gobernantes y gobernados en el que se resuelve la relación política principal es una típica relación de poder.

A través de los tiempos han surgido diferentes formas de gobierno, que han servido de modelo para dar aplicación a algunas estructuras orgánicas según se despliegue ese poder de una forma u otra, varias de las cuales se siguen aplicando en la actualidad, en todo caso, todas ellas asociadas al concepto de poder.

Se dice que toda acción política es social porque ésta tiene relación entre in-

dividuos, y entre estos forman grupos, por ende generan una acción mancomunada; pero no toda acción social es política, así como no siempre que se pretenda generar un beneficio implica que sea una actuación enmarcada en la política. De acuerdo con Bobbio (2003; p243), toda acción política es una acción social en el doble sentido de acción interindividual y de acontecimiento grupal; pero no toda acción social es política. Toda actividad política debe ser desarrollada dentro de sociedades, de lo contrario dicha comunidad no se encontrará sociabilizada o aceptada, no sería polis¹⁰. Así se hablaba de polis (ciudad) entendida para Aristóteles como aquella comunidad que puede auto sostenerse y convivir en un territorio; lo anterior visto como forma de integrar el poder político.

Esta sociedad organizada al dotarse de instituciones a pasado de ser una sociedad civil (Rousseau, 1990) a poseer un Estado (Pierre-Caps, 2006), en nuestro entorno se ha considerado que este posee tres elementos, aunque en estricto sentido preferimos referirnos a tres campos en que se despliegan las funciones estatales, Población (entendida como el elemento humano del Estado); Territorio (espacio físico) y Poder Político (forma de organización colectiva para lograr sus fines) (Younes, 2006).

Como se verá más adelante solo cuan-

10 Al respecto Bobbio (2003; p: 244) nos dice que “La polis, o sea, la sociedad política propiamente dicha, que abraza a las sociedades menores y no encuentra ninguna otra sociedad fuera de sí”.

do el poder es legítimo puede hablarse de una obligación de cumplimiento, según lo dicho, la fuente de todo poder sería el soberano y en una república sería concretamente el pueblo, pero esto es distinto de a quien se le delega este ejercicio, el cual suele ser en abstracto al Estado y en concreto al gobierno, concepto este último del cual Rousseau en el contrato social (1990) no distingue entre las diferentes ramas del poder o función pública.

Usualmente evidenciamos que los malos gobiernos han desplegado su poder de diferentes formas desviándose de sus verdaderas funciones, bien sea influenciado para desnaturalizar la esencia del poder político, pues en varias oportunidades se ha permitido una perpetuidad en el poder, o a través de formas donde se desvirtúa la dignidad del ser humano, pues en algunos gobiernos se ve el ser humano como medio, donde se pueden irrespetar sus derechos¹¹. En estos casos se ha desviado el poder de su fin legítimo, por lo cual es de notorio interés determinar cuando cumple o no un agente de gobierno con sus fines naturales.

La problemática respecto de “las decisiones políticas” de los jueces parte notablemente desde la consideración misma del concepto de

“política”(Seiler, 1982), pues hemos entendido en nuestras sociedades una amplia gama de conductas y relaciones con el mismo significante razón por la cual ésta definición es particularmente plurivalente ya que se ha usado para significar una comunidad (partidos), un ejercicio (los políticos), una actividad (campaña electoral), una actitud (políticamente correcto), la participación ciudadana (actividades políticas como las marchas y manifestaciones), una ciencia de estudios (ciencia política) o una orientación (política corporativa).

La dificultad aumenta en las culturas romano-germánicas por la homonimia en las definiciones, caso diferente al anglosajón, donde existen tres formas diferentes de referirse a la política, utilizando los términos polity, politics y policy, siendo lo más cercano en nuestro idioma la utilización de los pronombres, la, lo y las, para referirnos a La política, Lo político y Las políticas (Seiler, 2003).

En primer lugar respecto a la “polity” nos referirnos a la estructura de La política, las reglas fijas y estables en desarrollo del poder público, por ejemplo, los sistemas electorales, instituciones, formas de gobierno, mientras “politics” se refiere a Lo político, a las conduc-

11 “Esta tripartición de las formas de poder ha tenido gran importancia histórica porque, entre otras cosas, ha permitido distinguir un buen gobierno del malo. En efecto, dos formas tradicionales de mal gobierno parental o patriarcal, en el que el gobernante se comporta con los súbditos como si fueren sus hijos (y por consiguiente como eternos menores de edad), como el gobierno despótico (en griego, despotés significa patrón) en el cual el gobernante trata a sus súbditos como esclavos. patriarcalismo y despotismo son, entre otras palabras, formas degeneradas del poder político porque no reconocen este último poder, y por tanto, no salvaguardan su naturaleza específica.” (Bobbio, 2003; p.238)

tas individuales y colectivas en un concepto más dinámico, como lo serían las campañas electorales, la intención de voto o formación de coaliciones, finalmente “policy” es lo relacionado a las políticas públicas (Seiler, 2003).

Tradicionalmente se asoció la política con “el buen manejo de la polis” y por lo tanto el mejor político era quien mejor llevaría la dirección de la ciudad-estado; igualmente encontramos el concepto de política pública, es decir, la actitud del establecimiento frente a determinada cuestión, su postura y el cómo llevar a cabo ese plan, lo que se traduce en ejecutar las estrategias, programas y proyectos específicos de la administración; ésta forma de la definición “política” la precisaremos al ver como actúa el encargado de ejercer el poder. En todo caso diremos que lo político siempre hará referencia al manejo del poder en un territorio social (polis-cracia).

Habrá que diferenciar el poder originario y el derivado, en el primero quien tiene el poder impone sin necesidad de alguien que otorgue ese poder, como sucede en las invasiones, conquistas o dictaduras, mientras que el poder derivado es el representativo de las democracias, en este caso es igualmente posible imponer a los sujetos una voluntad, como el Estado que cobra coactivamente los impuestos, pero si se excede de las facultades y límites establecidos perderá su origen democrático.

Vemos entonces como cualquier función pública se despliega en desarrollo de lo político, lo cual no hace que sea una actuación de la o las políticas, en este marco, es decir poder en desarrollo del programa estatal es que debemos entender la función del juez constitucional.

2.3 (¿BUENO O MALO?) SOBRE LA MORAL Y EL DERECHO EN LA POLÍTICA.

La moral persigue el cumplimiento de valores, la política el bien común y el derecho la justicia; aunque en ocasiones se pretenda mostrar que son diferentes veremos que la relación entre ellas es más fuerte de lo que se manifiesta, la legitimidad de la política es jurídica y moral, la efectividad del derecho está en su poder pero también debe ser interpretado axiológicamente, así como los aspectos éticos tienen pretensión de generalidad y efectividad.

Es común oír que la política no es para las personas decentes y en cambio que la actuación moral es solo un discurso de difícil aplicación, sin embargo creemos que bien entendidos estos dos conceptos deben estar empalmados para que el poder sea legítimo y la moral efectiva.

En cualquier cultura en que nos encontremos siempre el bien común estará presente en los fines de cada Estado como otro factor determinante para

el buen funcionamiento de una comunidad, se trata de la preocupación por desarrollar la dignidad y los derechos de las personas y mantener el orden público, tanto interno como internacional.

Sin importar las condiciones sociales o económicas, el buen gobernante se caracterizará por ser equitativo, ecuánime y velar por el bien común, por encima del propio, o el de algún ciudadano en particular¹².

Hay que aclarar que el bien común tiene diferentes puntos de vista, es ahí donde el gobernante debe identificar a que hacer referencia con la utilización del término bien común; pues por excluir algún ítem que fortalezca el crecimiento de un Estado, puede de una u otra forma debilitar otros factores que también contribuyen en dicho desarrollo; tales decisiones pueden ser económicas, culturales, sociales, religiosas, entre otras; es ahí cuando el gobierno deberá tomar la mejor postura para establecer “el bien común.”¹³

Como se ha expresado en varias oportunidades, el máximo propósito de un buen gobernante siempre deberá ser la protección del interés colectivo, dicho interés es entendido así porque ha sido practicado y aprobado por los ciudadanos¹⁴.

En todo Estado se buscan métodos de transacción, considerando que la mejor forma de resolver conflictos son los diálogos, sin llegar a ocasionar guerra, pues esta situación no solo afectaría a los actores sino que de forma directa atentaría contra el conglomerado social, los fines e intereses de un Estado¹⁵.

Siendo por lo tanto la vocación de Las políticas (Seiler, 2003) la determinación entre esas múltiples opciones con miras a la persecución del interés general como razón de ser de La política (Seiler, 2003), según criterios de consenso y buen sentido, lo cual deberá desarrollarse en las múltiples esferas sociales de Lo político (Seiler, 2003).

12 “La distensión entre bien común, (*bonum commune*) y bien individual (*bonum proprium*) es la que desde Aristóteles se emplea para distinguir las formas de gobierno buenas de las corruptas: el buen gobernante es el que preocupa del bien común; el malo se inclina al bien propio y se vale del poder para satisfacer intereses personales”. (BOBBIO, 2003; p. 240).

13 “Por encima de este objetivo mínimo, que es el supuesto mismo del nacimiento de la comunidad política, la dificultad de determinar en que consiste el bien común - piénsese, para dar un ejemplo en las decisiones que todo gobierno debe tomar en materia de política educativa, religiosa, económica, militar, etc. - se deriva del hecho de que las alternativas posibles son muchas, y que el preferir una en lugar de otra depende a su vez de la relación de fuerzas entre los diversos grupos políticos y de los procedimientos adoptados para tomar decisiones obligatorias para la colectividad, que son precisamente las decisiones propiamente políticas.” (BOBBIO, 2003; p. 242).

14 “Se considera interés colectivo lo que ha sido probado por está; pero se trata de una simple presunción basada nada mas en una convención útil que en argumentos racionales”. (BOBBIO, 2003; p. 242).

15 “Así, la expresión más distintiva de la política es la guerra en cuanto expresión máxima de la fuerza como medio para solucionar los conflictos”. (BOBBIO, 2003; p. 243).

En varias oportunidades han existido diferentes tensiones entre las instituciones jurídico- políticas y las económicas; frente a ello hay afirmaciones que indican que el sistema político es pilar para permitir el desarrollo humano y económico¹⁶. Después de todo, cuando se hace referencia al poder ejercido por los gobernantes, no solo es sobre los hombres (ciudadanos), sino que debe hacerse extensivo a todos los bienes que se encuentran dentro del Estado¹⁷.

El poder que emanan los gobernantes no es solamente nominal, al contrario se encuentra investido de responsabilidades inmensamente grandes, como es hacer cumplir las leyes, castigar aquellos que las infringen y ejecutar penas si es necesario¹⁸.

Pero en desarrollo de estas actividades se ha planteado que el deber de gobernante es alcanzar las metas, siendo lo demás solo una cuestión de medios ya que el deber político es de fines, sosteniendo que en el campo de la política hay actuaciones que son buenas y malas, pero es ahí cuando se eviden-

cia la autonomía política debido a que aquella determinará con criterio cual posibilidad es aceptada dentro del ámbito social, lo que insistiría que dichas conductas no pueden ser vistas bajo la acción moral, pues se estaría desvirtuando el campo político, que es el relevante en este caso¹⁹. El slogan sería *“Toda acción política tiene sus razones, y por ende sus consecuencias; es decir, el interés colectivo”*.

Es en éste sentido que se plantearía una dicotomía entre moral y política. Quien se conduce movido por la primera estima que su deber consiste en respetar algunos principios de conducta planteados como absolutamente válidos, con independencia de las consecuencias que de ellos puedan derivarse. Quien se comporta según la segunda considera haber cumplido con su deber si logra obtener el resultado que se proponían (Bobbio, 2003).

No obstante como es bien sabido para toda regla general hay su excepción, pues ante aquellas reglas morales en calidad de condiciones al compor-

16 “Tal afirmación se volvió patrimonio del pensamiento político del siglo pasado mediante la conocida tesis, marxista según la cual las instituciones políticas y jurídicas son la superestructura con relación a la base de las relaciones económicas. Pero su origen debe buscarse en el pensamiento de los economistas clásicos, y más en general en todo el pensamiento liberal de acuerdo con el cual el sistema político tiene la función exclusiva de permitir el desarrollo natural del sistema económico y esta férreamente condicionado con este”. (BOBBIO, 2003; p. 247).

17 “El poder sobre las cosas comprende también el poder sobre los hombres, y éste pasa a través del poder sobre los objetos”. (BOBBIO, 2003; p. 246).

18 “El poder político se vale de la fuerza física, y lo hace no solo para castigar a los transgresores de las leyes que emite, sino también para castigar a los herejes (el llamado brazo secular)”. (BOBBIO, 2003; p. 245).

19 “Por ello. Se llama autonomía de la política al reconocimiento de que el criterio con base en el cual se estima bueno o mala una acción comprendida en el concepto de política es diferente de la pauta con base en el cual se estima buena o mala la acción moral.”. (BOBBIO, 2003; p. 248).

tamiento de los seres humanos, hay casos en donde no se admiten estas transmisiones, bien sea por las diferencias entre las ideas de las personas o la dificultades en desarrollo de alguna premisa moral, pues algunas de estas reglas admiten negación y no aceptación para determinadas personas o grupos sociales²⁰.

Al hacer acotación de un postulado moral, o de otra índole me obligo a ceñirme frente a algunos parámetros, los cuales deben ser armónicos con las conductas, pero me encontraré en posiciones “0” en muchas ocasiones, Por ejemplo: una norma de la moral común me obliga a no mentir, pero ¿si al decir la verdad traiciono a un amigo?²¹.

Ahora bien, lo que pretende poner en contraste la conducta del hombre político con la moral común es su inspiración en la ética de los resultados, en lugar de la medida a través de los principios, la bondad de una acción política se juzga por el éxito, y se califica como buen político al que logra obtener el efecto deseado²².

Claramente esta distinción no la com-

partimos, la relación medios y fines es la medida de cualquier conducta sea moral o política, el tirano quiere diferenciar lo que hace para justificar sus horrores, pero esto no tiene excusa, violar derechos humanos y alegar haber detenido a un delincuente es una falacia, convertirse en un monstruo para enfrentar el mal es haber perdido esa batalla.

La moral es la medida de la buena política, mientras el actuar público y efectivo logra el ideal ético, de lo que podemos deducir que política y moral, si ambas son bien entendidas, no están tan lejos y que de alejarse entre ellas se tendría una desnaturalización de sus objetivos.

Por su parte respecto del derecho, la política tiene que ver desde dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política (Bobbio, 2003).

Es claro que no se trata de lo mismo al referirse al derecho y a la política, pues en el primer caso, la acción es califica-

20 “De ello se han dado principalmente dos versiones. La primera es la que explica y justifica la contradicción con base en la diferencia entre regla y excepción: las reglas morales, sea que estén basadas en una revelación divina, como los diez mandamientos y los preceptos evangélicos, sea que se apoyen en argumentos racionales o históricos, ciertamente sin universales, en cuanto valen para todos tiempos y hombres; pero no son absolutas, en el sentido de que no valen en todos los casos, admiten excepciones y, en consecuencia, en casos determinados y determinables pueden admitir una derogación.” (BOBBIO, 2003; p. 250).

21 La simplicidad de nuestro ejemplo no evita la pertinencia del mismo.

22 Usualmente la diferencia existente entre la conducta del hombre político con la moral común, radica en la ética de los resultados, pues será buen político el que logre obtener resultados esperados; pues la acción política se juzga por el éxito que tenga el gobernante.” (BOBBIO, 2003; p. 253).

da con base en algo que está antes de la acción; en el segundo, con base en algo que esta después (Bobbio, 2003)., en todo caso la relación entre los dos es notoria.

Hay que evidenciar esta conexión entre los poderes jurídico y político; pues ninguno de los dos es el mismo, cada cual tiene su aplicación en diferentes campos; ninguno de los dos puede excluirse entre sí por completo, pues de una u otra forma se complementan ya que ambos se necesitan mutuamente, al estilo de la paradoja del huevo y la gallina.

Esta paradoja es resuelta para varios con que primero es el huevo, así mismo, en varias oportunidad se ha dicho que esta primero el poder y después el derecho, pero para autores como Kelsen esta concepción no es viable, ya que, según considera, el ordenamiento jurídico es la base del Estado; también evidenciamos como para tratadistas del derecho público el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas, por lo anteriormente dicho tenemos como presupuesto que en este orden de ideas primero está el derecho y luego el poder.

En primer lugar al referirnos al derecho positivo, hacemos mención no solo de una pretensión moral sino del deber ser de las conductas (Kelsen, 1962). Cuando hablamos de derecho debemos diferenciarlo de la moral por su poder coercitivo, si bien es cierto que nos ba-

samos en el deber ser, no debemos dejar de lado que éste debe poder hacerse cumplir mediante la fuerza, pero hay que decir que no es simplemente lo dicho en la ley sino el contenido que trae la autoridad por ser esta la que define la ley, es así como principio fundamental del positivismo jurídico se puede asumir la máxima de Thomas Hobbes (1992; p10): “No es la sabiduría, sino la autoridad, la que hace la Ley”.

Como lo mencionamos anteriormente, no es el simple hecho de estar plasmada la ley, sino que se tiene como eje fundamental de hacer efectivas dichas leyes la autoridad que emana del poder político de una nación. Las normas deben tener la posibilidad de hacerse cumplir coercitivamente, pues si de alguna forma se hacen valer del poder político, para que por medio de la fuerza hagan cumplir las leyes, ello es ejemplo que no hay derecho, y tal es el sentir de Bobbio (2003; p.254) cuando manifiesta que donde no hay poder capaz de hacer valer las normas impuestas por él recurriendo en ultima instancia a la fuerza, no hay derecho.

La fuerza es una condición necesaria del derecho, pero no una suficiente, sin coerción no hay derecho pero solo la coercitividad no lo configura, el valor de la legitimidad nos completará su contenido, después de todo ¿Qué diferencia existe entre pagar impuestos y entregar el dinero a un ladrón?, que la primera es una autoridad aceptada con base en su pretensión de justicia,

la segunda no.

Rousseau caracterizó el derecho como una imposición por la legitimidad “la fuerza es una potencia física, y no veo que moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad no de la voluntad; cuando mas, puede ser de prudencia” (Rousseau, 1990; p:27), y es claro que “si es preciso obedecer por la fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no existe” (Rousseau, 1990; p:28) . Por lo anterior Rousseau dedujo que la fuerza no hace al derecho y que los hombres están obligados únicamente a obedecer las leyes legítimas, “puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante y puesto que la fuerza no constituye derecho alguno, quedan solo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres” (Rousseau, 1990; p:28).

Es fundamental aclarar que la distinción existente entre poder de derecho y poder de hecho radica en que aquel encaminado por vías jurídicas será justificado legítimamente²³, pues su orientación está hecha hacia la ley y por ende hacia el bien común que pretende representar; lo que significa que aquel poder esta jurídicamente funda-

do mientras que el poder de hecho no²⁴.

En una comunidad hay derechos y deberes de convivencia, pero si por ser más fuerte se cree que se pueden trasgredir las normas estas serían simplemente ilusorias; como se acaba de mencionar esa fuerza debe transformarse en derecho, y por ende la obediencia en deber, después de todo si solo se obedecer por convicción no se requiere la fuerza y ceder a la simple fuerza no es derecho, establecer una pretensión de conducta que sea legítima (aceptada) y poder imponerla en su eventual desacato si es derecho (Rousseau, 1990).

Las relaciones entre derecho y política siempre coexistirán, pues ya se hable de poder legítimo o ilegítimo, siempre la relación estará presente, este es el segundo criterio de relación entre las dos ideas pues la política le da poder al derecho pero éste igualmente permite justificar el poder político²⁵ en una simbiosis que conoce sus dos caras en los conceptos de validez y legitimidad, de lo jurídico a lo político, basándose uno en el otro.

Si determinada persona ejerce poder, dicho poder debe estar autorizado; bajo la autorización este se convierte en verdadera autoridad ya que la dife-

23 “Que distingue una comunidad política de una banda de ladrones, la diferencia se encuentra en la correspondencia o no de las leyes con el ideal de justicia.” (BOBBIO, 2003; p. 255).

24 “Ahora entra en escena otra distinción, aquella entre poder de derecho y poder de hecho.” (BOBBIO, 2003; p. 256).

25 “Aquí interviene otro criterio de distinción: entre el poder legítimo e ilegítimo. Y es en este momento cuando la relación entre derecho y política se invierte: ya no es el poder político el que produce el derecho, sino el derecho el que justifica el poder político.” (BOBBIO, 2003; p. 256).

rencia entre autoridad y poder se evidencia entre el poder de derecho (legítimo) y el poder de hecho; porque el primero es ejercido bajo parámetros legales y por ende es ejercido con autoridad, diferente al segundo que simplemente queda en meros hechos, sin estar viabilizado por la normatividad²⁶. Rousseau ha escrito: “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber” (Bobbio, 2003; p:256).

Para identificar quien ostenta tal poder y establecer quien tiene el derecho a mandar, así como los parámetros de la obligación de la obediencia es necesario determinar la autoridad del gobernante, lo cual entendemos siguiendo a Bobbio (2003; p. 257): “Un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce con justo título, y el poder título es ejercido con justo título sólo en la medida en que quien lo ejerce esté autorizado por una norma o un conjunto de normas generales que establecen en una determinada comunidad quién tiene el derecho de mandar y quiénes tiene y en qué circunstancias la obligación de obediencia”.

En varias oportunidades hemos planteado como el poder debe estar regu-

lado bajo la acciones del derecho, el poder no solo puede ostentarse con fuerza sino que debe materializarse con la norma, y que de acuerdo con Bobbio (2003; p.258) si y solo si el respectivo poder es institucionalizado, es decir, también regulado por el derecho. Como se ha expuesto el poder debe estar orientado hacia las normas, quien lo ejerce porque es legítimo, es decir está en el derecho de hacer, no lo ha ejercido por voluntad o arbitrariedad sino que se ostenta con parámetros legales como criterio de valoración, es ahí donde se diferencia el poder legítimo del poder de hecho, pues el primero se hace invocando la legalidad del poder, y el segundo no es legal por ende se hace inoportuno, ilegal y arbitrario²⁷.

A través de los tiempos la idea clásica de la primacía del gobierno de la ley, se ha trasladado desde la época medieval a la posmoderna, alcanzado su refinamiento con la doctrina del “constitucionalismo”, manifestando que no hay diferencia alguna entre gobernantes y gobernados en relación con el imperio de la ley; pues bajo el entendido del poder legítimo el gobernante también está regido por la ley, es decir, por las normas constitucionales que deben ser acatadas y respetadas tanto por los go-

26 “La autorización transforma el poder desnudo en autoridad: la diferencia entre autoridad y poder puede resolverse con la distinción entre poder de derecho (y por lo tanto legítimo) y poder de hecho”. (BOBBIO, 2003; p. 257).

27 “Cuando se exige al poder que sea legítimo se hace referencia a que aquel que lo detente tenga el derecho de tenerlo. Cuando se invoca la legalidad del poder, se pide que quien lo detente lo ejerza no según su propio capricho, sino de conformidad con las reglas establecidas y dentro de los límites de éstas. Lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho, lo contrario del poder legal es el poder arbitrario” (BOBBIO, 2003; p. 259).

bernantes como por los gobernados²⁸.

Continuando con lo dicho anteriormente, seguimos a Platón al sostener que los gobernantes deben ceñirse a las normas; bajo el entendido que si en determinada polis sus líderes no son súbditos de las leyes ésta se vendrá a pique, debido a que su autoridad sería arbitraria y no será legítima por no estar sometida a la ley. En este sentido integral de ley es que se enmarca el Estado de Derecho que somete a todos por igual, ese es el verdadero respeto por el sistema de derecho²⁹.

Así como lo mencionamos inicialmente, el poder y el derecho coexisten, ya que si el poder no está orientado en derecho es un simple acto de fuerza bruta; mientras que el derecho sin el poder es impotencia, una mera declaración vacía. La balanza mide la justicia y la cumple con la espada, en tal sentido se expresó pertinentemente Bobbio (2003; p:262) “El poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin po-

der es vacuo”.

Como lo hemos expuesto anteriormente, el gobernante debe regirse por la ley, no por su voluntad³⁰. Así como se ha dicho, aquel gobierno que se rige por las normas es claramente diferenciado del arbitrario, pues el buen gobernar siempre tendrá presente el bien común, porque está orientado por el derecho, a diferencia del actuar corrupto que solo se interesa por el bienestar egoísta³¹.

Aristóteles ha afirmado, que es preferible el dominio de la ley al dominio de los ciudadanos, porque siempre un mandato orientado a la ley genera garantías; pero si existen ciudadanos a los que se les da poder es necesario hacerlos encargados, convertirlos en “guardianes” y “ministros” de las leyes, pero no convertirlos en señores bajo el entendido que las leyes no deben tener apasionamientos, sino deben ser eso, leyes, que beneficien a los ciudadanos, conforme a lo dicho “la ley es el intelecto

28 “Desde la antigüedad clásica la idea de la primacía del gobierno de la Ley se traslada al pensamiento jurídico medieval y de éste, al pensamiento moderno sin solución de continuidad, alcanzando su perfección en la doctrina del “Constitucionalismo”, según la cual, no existe ninguna diferencia entre gobernantes y gobernados con relación a el imperio de la ley, porque también el poder de los gobernantes esta regulado por normas jurídicas (las normas constitucionales) y debe ser ejercido respetando estas reglas.” (BOBBIO, 2003; p. 259).

29 “Comenzando por un fragmento de Platón donde se lee que los gobernantes deben ser los “servidores de la ley”, porque “allí donde la ley está sometida a los gobernantes y está privada de autoridad, se ve pronta la ruina de la ciudad; donde por el contrario la ley es señora de los gobernantes y esto a su vez son sus esclavos, se ve la salvación de la ciudad”. (BOBBIO, 2003; p. 259).

30 “Non est in imrex ubido minatur volunras et non lex (No hay rey donde domina la voluntad y no la Ley)” (BOBBIO, 2003; p. 270).

31 “Aristóteles tras haber firmado que es preferible el dominio de la ley al dominio de los ciudadanos, y que si existen ciudadanos a los que convenga dar el poder es preciso hacerles no señores de la ley, sino sus “guardianes” y “ministros”, concluye con la célebre afirmación de que “la ley es el intelecto sin pasiones” (BOBBIO, 2003; p. 270).

to sin pasiones³².

La primacía del gobierno ha tenido dos momentos fundamentales, el primero en el siglo XVII en Inglaterra y el segundo en el XVIII en Francia; finalizados con el advenimiento del constitucionalismo, estableciendo la primacía del derecho soportada sobre la existencia de un poder soberano, poder que no puede ser limitado ni sobrepasado y el cual materializa su voluntad a través de una norma jurídica de máximo orden, es así como por mandato de la Ley Suprema se establece el deber de obediencia³³.

Bajo lo enunciado anteriormente, el poder soberano es el poder de los poderes, así mismo sucede con la norma fundamental que es la norma de normas, pues la norma fundamental no es cualquiera de las otras, es la Superior.

Evidenciamos como se denotan los

distintos niveles; el nivel superior respecto al inferior y viceversa siempre estarán vinculados y es necesario progresar desde el plano inferior al superior, pero se ha de llegar a un plano superior que no tiene nada por encima de él, estando todos los demás en un distinto grado, uno inferior³⁴.

El mandato proveniente del Estado debe ser interpretado como válido, Kelsen ha expuesto la teoría del ordenamiento jurídico como ordenamiento dinámico, por que aquella norma inferior asciende hacia una norma superior hasta llegar a la norma fundamental, es así como la validez objetiva de un mandato, y por ende del poder del mandato, viene asegurada; pues recordemos que no hay mandato sin poder³⁵.

Así se presenta un ordenamiento jurídico, en grados, partiendo de la norma inferior para llegar a la norma funda-

32 “El gobierno de las leyes es uno de los dos criterios principales que permite distinguir el buen gobernar del malo (el otro es el bien común contrapuesto al bien propio de quien manda), como resulta incluso de la tipología de las formas de gobierno propuestas por Platón en *El Político* (por lo demás, corregida inmediatamente después por el elogio del hombre real.” (BOBBIO, 2003; p. 270).

33 “Que parte de la primacía del derecho, ha tenido que arreglar cuantas con la existencia necesaria de un poder soberano que, precisamente por soberano, no puede ser limitado sin contradicción por un poder superior y, por tanto, en rigor lógico, ni siquiera por obligaciones derivadas necesariamente de la presuposición de una ley suprema tal que haya el deber de obedecerla.” (BOBBIO, 2003; p. 271).

34 “Ahora bien, si se consideran los distintos niveles concatenamos entre sí en el sentido de que un nivel superior respecto a su inferior es, a su vez, inferior respecto al superior, es evidentemente que al progresar desde el plano inferior al superior se llega necesariamente, si no se quiere progresar al infinito (aunque el progreso al infinito está excluido por la necesidad práctica de cerrar el sistema), a un plan superior que no tiene ningún plano por encima de él y del que todos los demás son, si bien en distinto grado, inferiores.” (BOBBIO, 2003; p. 275).

35 “Para mostrar que el mandato dictado por un órgano del Estado puede ser interpretado como un mandato objetivamente válido, Kelsen expone por enésima vez la teoría del ordenamiento jurídico como ordenamiento dinámico en el que desde una norma inferior se asciende a una norma superior hasta la norma fundamental. Así, es como decir que la validez objetiva de un mandato y del poder del que el mandato (no hay mandato sin poder), viene asegurada en última instancia, a diferencia del mandato del bandido por la presuposición (puesto que de una presuposición se trata) de una norma última que cierra el sistema.” (BOBBIO, 2003; p. 267).

mental (Kelsen, 1962) en el proceso denominado por el autor viene como inverso, y que de otro modo el Estado siempre parte del plano superior por encontrarse éste en el poder soberano delegado (como elemento constitutivo del Estado), para de esta forma ir descendiendo a los demás poderes inferiores. Por lo anteriormente dicho se puede decir que es el mismo ordenamiento jerárquico, constituido por normas y poderes, estos se pueden observar de abajo arriba o viceversa; si se presenta de abajo hacia arriba (subida de normas); y de arriba hacia abajo (bajada de poderes). “Si además se tiene presente que Kelsen, cada vez que describe el ordenamiento jurídico en grados, parte siempre de la norma inferior (por ejemplo, el contrato entre particulares) para llegar a la norma fundamental en un proceso que él llama inverso, y que, por otra parte, la teoría tradicional del Estado parte siempre del plano superior, es decir, del poder soberano (en cuanto que el poder soberano es uno de los elementos constitutivos del Estado), para ir descendiendo sucesivamente a los poderes inferiores, se puede decir que el mismo ordenamiento jerárquico, constituido por normas que

establecen poderes y por poderes que crean normas, se presenta de dos formas distintas según se mire de abajo arriba o de arriba abajo: en la primera dirección aparece como una subida de normas y en la segunda una bajada de poderes.”(Bobbio, 2003; p.275)

Nuevamente hacemos acotación a la legitimidad del poder que es ejercido bajo el derecho, por que dicho poder debe respetar formalmente el contenido de la norma jurídica³⁶. Frente a este tema hay que hacer referencia, en cuanto se contraría la obediencia, a que la resistencia incluye comportamientos de ruptura contra el orden constituido poniendo en crisis al sistema, pero cuando contraría la aceptación, la contestación se refiere a la ruptura de una actitud crítica sin poner en crisis dicho orden constituido³⁷.

Evidentemente se puede presentar la concentración de poderes, es decir, se monopoliza el poder coactivo (poder político), poder económico, poder ideológico (relación estado- iglesia), así mismo detenta el poder de procurar la obediencia de sus súbditos mediante sanciones terrenales y ultraterrenas³⁸.

36 “El derecho viene producido por el poder como tal de que se trate de un poder, a su vez, derivado del derecho, donde por “derivado del derecho” se debe entender regulado al menos formalmente, sino incluso respeto del contenido de/por una norma jurídica.” (BOBBIO, 2003; p. 266).

37 “En cuanto contraría a la aceptación, la contestación se refiere más que a un comportamiento de ruptura a una actitud de crítica que pone en cuestión el orden constituido sin ponerlo necesariamente en crisis.” (BOBBIO, 2003; p. 277).

38 “La máxima concentración de poder se produce cuando los que detentan el monopolio del poder coactivo, en que verdaderamente consiste en el poder político, detentan también el monopolio de poder económico y del poder ideológico (mediante la alianza con la Iglesia única, elevada a Iglesia del Estado o, modernamente, con el partido único). Cuando el soberano posee, como en la teoría nuevamente paradigmática de Hobbes, junto con el imperium y el dominium, la potestas spiritualis, el poder también de pretender la obediencia de sus súbditos a través no solo de sanciones terrenales sino también ultraterrenas.” (BOBBIO, 2003; p. 279).

Así las cosas, para evitar estas concentraciones en el proceso de subida de normas como en la bajada de poderes, se ha determinado una división de funciones intentando en ella hacer partícipes a múltiples actores con miras a aumentar el garantismo en desarrollo de las mismas, se trata de las consabidas ramas del poder público.

Si se quiere concluir de manera contundente estas reflexiones, lo diremos de la siguiente manera: la Constitución como norma de normas enmarca todas las actividades y no hay actuación jurídica o política que pueda salirse de ella legítimamente, en ella se encargan funciones jurídicas a las diferentes ramas, todas las cuales son detentadoras en común y pro indiviso de una cuota del poder público.

2.4. EL JUEZ DE LO POLÍTICO.

François Luchaire (2002) afirma que: “el juez que gobierna es el que hace aplicar una norma jurídica”³⁹, se tratará entonces de una actividad de creación voluntaria del derecho y no una creación técnico-jurídica. Para muchos, la política puede ser entendida como una forma de poder de los Estados que sea participativa y democrática; pero cabe anotar que existen organizaciones patriarcales y despóticas, las cuales siguen siendo Estados

e igualmente integran la esfera de la política. Esto sirve para caracterizar la esfera de la política como debería ser y como no es: “un Estado patriarcal y uno despótico también son estados, y el ejercicio de las actividades que les atañen entra perfectamente en la categoría de la política” (Bobbio, 2003; p.239).

Como presupuesto se tiene que en un Estado donde se hable de democracia, donde se respeten libertades y garanticen derechos, existe la tripartición del poder; aquellas ramas vistas como garantes eficaces de dichas libertades y derechos, y donde las mismas manejan independencia sin transgredir principios constitucionales⁴⁰.

La Corte Constitucional obra en contra de los poderes legislativos⁴¹ oponiéndose al poder de mayorías coyunturales, sin substituir ni negar el poder soberano, al contrario para reivindicarlo, al interpretar el derecho es necesariamente completarlo y desarrollar las nuevas reglas, pero si la interpretación de las reglas deja un lugar muy grande para actuar subjetivamente el riesgo del gobierno de los jueces vuelve inmediatamente (Luchaire, 1997).

Es claro que frente al parlamento se estaría desarrollando el riesgo de poner al órgano de control de constitu-

39 Traducción libre del autor.

40 “Aunque arcaicas, estas metáforas sirven todavía hoy para indicar los rasgos principales de las funciones de gobierno, que habitualmente son divididas en legislativa, ejecutiva y judicial”. (BOBBIO, 2003; p. 239).

41 La rama ejecutiva tiene funciones legislativas en Colombia derivada de los estados de excepción de los artículos 212, 213, 214 y 215 de la Constitución y de las facultades temporales del artículo 150 numeral 10.

cionalidad como un coordinador de la actividad legislativa, o en el peor de los casos un co-constituyente y si las interpretaciones de la Corte son muy generales no se tendrá seguridad jurídica sobre la constitucionalidad, pero si el juez constitucional actúa en la medida correcta de sus funciones otorgadas por la constituyente, sus interpretaciones serán la materialización de la voluntad soberana del pueblo.

Es necesario reconocer la importancia del órgano de control de constitucionalidad en las democracias modernas, la gran importancia política y jurídica deben hacer de él uno de los centros de atención pública, si bien hasta la fecha la Corte Constitucional ha actuado con razonable respeto de sus competencias⁴², respetando la voluntad del soberano y las competencias de otros órganos estáticos (Luchaire, 2002).

En tal sentido se trata de una garantía para asegurar la supremacía constitucional haciendo prevalecer los mandatos consignados en la norma superior sobre las prescripciones legales, en tal sentido compartimos la afirmación de Hamilton en los conocidos escritos de “El Federalista”, “Una Constitución es, en efecto, y debe ser observada por los jueces como una ley fundamental. Desde luego, a ellos corresponde determinarle su sentido, el sentido de toda ley particular emanada del cuerpo legislativo. Si se encuentra entre las dos

una contradicción absoluta, aquella que tiene un carácter obligatorio y un valor superior debe naturalmente, ser preferida; o, en otros términos, la constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes” (Hamilton, 1988, p. 648.).

Al ser jurisdicción y emitir sentencias lo inscribimos en el ámbito jurídico y lo negamos como político por asociarlo a politiquero, para algunos como Rousillon (2000) es político por sus funciones y designación, pero tiene un deber judicial en la exigencia de argumentación en las decisiones.

Claramente la exigencia de motivación y sujeción al derecho positivado diferencia la labor del juez de la de los órganos político-discrecionales, el legislador posee plena libertad de configuración en el quehacer normativo siempre que no contradiga la Constitución, pero no debemos perder de vista que esta aparente diferencia es al contrario la convergencia entre la labor de la rama de la función pública judicial con las otras, pues en todas las entidades estatales existe el deber de respetar las normas superiores y estar sometido al ordenamiento jurídico.

La confusión en este orden de ideas se deriva de concebir a los actos políticos como exentos de control o libres del imperio de la ley, donde lo jurídico está en la clara deducción metodológica de

42 Podrán discutirse fallos en concreto pero no una política “extra competencial”.

las normas⁴³. Sin embargo no existen asuntos exentos de sujeción al derecho en las democracias, los llamados *affaires politiques* o asuntos políticos como medias desprovistas de control judicial son inaceptables en una democracia, un Estado Social de Derecho implica el sometimiento de todos los ciudadanos al derecho.

Por su parte, cada organismo estatal posee diferentes competencias en desarrollo y respeto de ese sistema de derecho, así, el legislativo o el ejecutivo en ejercicio de sus funciones normativas pueden proferir preceptos jurídicos en el marco de la Constitución pudiendo elegir en este las múltiples opciones que la realidad permite. Por otro lado el Juez, cualquiera que sea, está en el deber de buscar la decisión mas aproximada a lo que ya se ha establecido jurídicamente, siendo sus funciones mas restringidas.

Para velar por el respeto de estos límites se han difundido en todo el mundo Cortes "...creadas para conocer especial y exclusivamente del contencioso

constitucional, situadas por fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independientes de aquel, como también del resto de los poderes públicos." (Favoreu, 1992), entendiendo el concepto contencioso constitucional como jurisdicción de lo político, tanto de los órganos como de sus decisiones.

Claro que existen al interior de la organización estatal múltiples competencias de control y vigilancia, pero la mayoría de ellas se refieren a las personas que en calidad de servidores públicos son parte de estas ramas, pero por su parte el juez constitucional tendrá el deber de verificar el respeto de los actos producidos por las entidades que son conformadas por estas personas, no se juzga al presidente ni a los congresistas, se juzgan los actos proferidos por estas entidades. No es un juez de lo políticos sino un juez de lo político⁴⁴.

En el ordenamiento colombiano se trata de un poder autónomo⁴⁵, como es razonable pues mal podría esperarse

43 "La discusión parte de la distinción entre actos políticos y actos judiciales, siendo aquello la consecuencia de una decisión libre, "no sometida a normas"; mientras que son actos judiciales los que estas normativamente predeterminados. Es decir, el acto judicial corresponde a una deducción metódica, mientras el político a una decisión libre; así, la jurisdicción constitucional aparece necesariamente como propia de un órgano político, pues, si bien la función que se les asigna es la de aplicar normas, la predeterminación contenida en los textos constitucionales es, en ocasiones, mínima." (Tobo Rodríguez, J. 2004; p.147).

44 "En este sistema jurisdiccional no se trata de que los jueces juzguen la oportunidad, la eficacia o la conveniencia de una norma jurídica o de un acto; tampoco es el gobierno de los jueces, como se ha dicho, por el cual los magistrados sustituirían al poder político del legislador, elegido por el pueblo. Lo que en realidad hacen los jueces, cuando declaran la inconstitucionalidad de una ley, es determinar si es o no contraria a la Constitución y aplican ésta como ley suprema del Estado, y no el derecho que la contradice." véase en (ZARINI, 1992; p. 68).

45 "Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos." (FAVOREU, 1994; p.13).

que fuese el mismo que profirió el acto quien decidiera si este es valido o no, así se expresa Karl Loewenstein (1970, p. 617) “que quien ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la Constitución. Puesto que: .Los conejos no son, generalmente, los guardianes más seguros de un jardín. Así, pues, nadie puede ni debe ser moralmente el juez de su propia causa.”

Claro que su autonomía nada nos dice de su naturaleza jurídica o política ni de la sutil amalgama de estas tal como ocurre, situación mas compleja al examinar el tema doctrinalmente, pues en ordenamientos como el francés el tribunal constitucional es una figura preeminentemente política, establecida como elemento de control político para impedir a los otros órganos del Estado traspasar sus competencias, pero sin una autentica vocación jurisdiccional. Así el profesor Henry Roussillon (2001) considera a estos tribunales como “una jurisdicción que ejerce una función política. Lo anterior ocurre en Francia donde el Consejo Constitucional no es una autentica jurisdicción, sino que el

mismo fue concebido como una garantía del ejecutivo frente a una eventual preponderancia del legislativo⁴⁶, sin embargo esto dista ampliamente de lo que ocurre en Colombia donde la Corte Constitucional es concebida como parte de la rama de la justicia como poder jurisdiccional autónomo (Tarapués, 2007; p.169).

En todo caso es común que se trate de corporaciones en las cuales su nombramiento es más político que el de otros funcionarios judiciales como podemos ver el caso de otras altas cortes⁴⁷ pero su naturaleza se define en las funciones, lo cual pretendemos demostrar. Así la calidad técnica, lo requisitos y criterios del nombramiento, como la denominación misma magistrado (juez colegiado) nos habla claramente de la labor jurídica⁴⁸.

El juicio que se desarrolle dependerá de qué nos preguntemos en si, pues si tiene actividad política en el sentido de el ejercicio de un poder pero además el que un fallo haya sido o no producto de un interés político es otro juicio el cual deberá realizarse en razón del fallo mismo, pero la pretensión del esta-

46 “En contra del postulado, las disposiciones constitucionales francesas e italianas se inclinan del lado político. Así, la Constitución Francesa de 1958 no le reconoce un auténtico poder judicial, pues el Consejo Constitucional tiene por función inmunizar el Ejecutivo de los atentados del Parlamento. Se trata de una función que marca un desequilibrio en detrimento del Legislativo.” (Tobo Rodríguez, J. 2004; p.141).

47 “Tanto los Estado Unidos, como Francia, Italia, República Federal Alemana, España, y Colombia, la designación y las características de los miembros del tribunal, ponen en evidencia que ellos no son ni órganos puramente políticos, ni jurisdicciones como las otras, esto es como las denominadas comunes u ordinarias.” (Tobo Rodríguez, J. 2004; p.142).

48 El caso francés es diferente “En Francia, para algunos comentaristas el Consejo está compuesto por una especie de “amateurs”. Esta anomalía debería corregirse progresivamente, pues la fundación de juez constitucional ha permitido a las autoridades y a los partidos políticos concebir la función como el “pináculo” de una carrera o una moneda de cambio para políticos de los cuales es necesario deshacerse con elegancia.” Cfr. MENY YVES, Pilitiquecomparee, Les democratiesAllemagne, Etas Unis, France, Grande Bretagne, Italie. Montchrestien, 5 eme Edition, paris, 1996, p 384

blecimiento de un juez constitucional consiste en darle competencias validas y legítimas de orden político o jurídico, o si es imposible deslindarles es el objeto de este estudio.

Para esto debemos introducir una división en nuestros conceptos, decíamos en el acápite anterior que la labor del juez constitucional es política en el entendido en que se trata de un poder al interior de la organización pública, pero no es cualquier poder, se trata de un poder jurídico y reglado sometido a los estrictas preceptos del sistema de derecho, así las cosas, el juez constitucional tiene un poder público pero sus decisiones deben obedecer a criterios jurídicos, argumentativos y hermenéuticos y no a la discrecionalidad que caracteriza a los órganos de prioridad política (legislativo y ejecutivo).

Un órgano será en el sentido amplio político por ser capaz de ejercer un poder y en sentido restringido, si consideramos libre y discrecional en un margen considerable las posturas a tomarse, así mismo, si es una actividad reglada deductivamente se tratara de una labor judicial, lo que se dará si se reconoce el precedente y la técnica hermenéutica. Pero no debemos perder de vista el hecho de que hay algo

más de libertad en la interpretación de la Constitución que en el Código Civil, pero en este se han visto posturas diversas y en aquella tesis homogéneas y estables, lo relevante siempre es el respeto por la argumentación y la interpretación.

Puede que con ocasión de la apertura interpretativa de la Constitución se resuelva con decisiones políticas subjetivas o en respeto de las reglas científicas jurídicas de la hermenéutica, pero la primera es indeseable un democracia, para garantizar la segunda debemos recurrir a la argumentación y racionalidad del juez intentando minimizar la potencial discrecionalidad judicial con ocasión de las múltiples posturas, ideologías o creencias de juez constitucional⁴⁹. Nótese que decimos minimizar la potencial discrecionalidad, pues una democracia constitucional necesita igualmente jueces comprometidos que se preocupen por sus decisiones y que sientan el espíritu de la justicia en ellas, pues también es indeseable el extremo exegético⁵⁰.

Después de todo siempre existe un elemento subjetivo en algo que es eminentemente social y humano, el juez interviene en la construcción del derecho, lo aceptemos o no, lo niegue el mismo,

49 "... Toda sentencia parte de la norma superior; ella contiene o pone unos hechos condicionantes de los actos que la concretan o aplican; pero estos envuelven, quiérase o no, una evaluación, un juzgamiento, una valoración, y por tanto, una apreciación subjetiva del juez, en que este inserta en su decisión los valores culturales, políticos, sociales, económicos, en que cree, o que acepta como necesarios, su idea de justicia, de la bueno y lo malo, lo convierte o inconveniente, lo oportuno y lo inoportuno, injertando un forzoso matiz político en su decisión." (Sáchica, 1988; p.34)

50 "... los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma." (MONTESQUIEU. 1977).

un funcionario que da a las normas el contenido mas restringido posible también imprime su creencia, de un derecho con esferas escasas, mas aun nos da su impresión de lo que como sujeto particular de conocimiento considera esas esferas escasas, así es cierto como se expresaba Bachof, que siempre existe algo de voluntad en la decisión judicial⁵¹, pero es muy diferente ser un agente activo y constructivo en ese desarrollo que un actor que encubre sus verdaderos deseos.

En nuestras múltiples experiencias y concepciones de la vida, por nuestro arraigo cultura, familiar, ideológico, etc., siempre tendremos una preconcepción de justicia, de lo que debe ser, eso es bueno pues nos acerca a la verdad y evita que nos dispersemos con las múltiples posibilidades que arroja un estudio, pero si se quiere imponer esta concepción a pesar de las evidencias en su contra, no es una actuación jurídica, ni siquiera es una actuación honesta.

Existirán, claro esta, casos de decisiones discrecionales (léase arbitrarias), no solo basadas en los criterios políticos del juez, sino mas aun, determinadas por factores reales de poder, económicos o militares, en todo caso estas decisiones, no serán jurídicas, es un prevaricato y esa sanción deberá salir del ordenamiento jurídico, mediante las instancias posteriores o al menos revocada por la jurisprudencia poste-

rior por irracional.

Si la política es por definición el manejo del poder, la labor del juez en sentido estricto siempre es una labor política, después de todo tiene un poder denominado en nuestro sistema jurisdiccional (en Francia jurisdicción es una alta corte mientras que en Colombia Jurisdicción es la autoridad para impartir justicia (Luchaire, 1997)) y lo ejerce con autoridad, sin embargo en este sentido todas las cortes y todos los funcionarios con jurisdicción ejercen una actividad política, lo cual nada agregaría al análisis respecto del juez constitucional. En este orden de ideas la discusión de la naturaleza judicial o política de la Corte Constitucional, se centra en la discrecionalidad de ésta y su sometimiento a todo el sistema de derecho.

Siempre que se ha planteado el riesgo de un gobierno de los jueces y de estar sometidos a decisiones políticas de los mismos (Lambert, 1921) se mencionan las problemáticas que tiene un aspecto de inconveniencia por lejanía del juez, pues no tiene formación y conocimiento para analizar los factores a favor o en contra de una posición ante determinada problemática, sin embargo la limitación frente a la imposibilidad de analizar la conveniencia se soluciona en un dialogo constante entre la ramas del poder público, lo cual requeriría un espacio diferente a la realidad política nacional, una racionalidad discursiva

51 "hoy sabemos ya que en cada interpretación judicial de una norma ha existido siempre, al mismo tiempo, un desarrollo de dicha norma, que cada valoración judicial ha implicado siempre en elemento de decisión auténtica sobre el ordenamiento jurídico. (BACHOF, 1985; p.24)

de parte del ejecutivo y notoriamente del legislativo.

Como garante de la Constitución, la Corte debe verificar que estas decisiones discrecionales, respeten los límites supremos del sistema de derecho, estas posturas políticas tienen un límite y un control, el cual es ejercido por el juez de Lo Político, es decir el tribunal constitucional. En este sentido se expresa con pertinencia Javier Tobo (2004; p. 140 y 141) al manifestar: "El derecho constitucional es la expresión de los proyectos políticos, de escogencia de ideas y selección de sistemas, él es producido principalmente por instancias políticas legitimadas por el sufragio universal, como ocurre por el parlamento o el gobierno, pero la administración y los jueces, como actores sociales, crean también derecho sin haber recibido la unción del sufragio universal."

Así como el juez de lo contencioso administrativo no es administrador público, sino el garante de que esta se mantenga en los límites del Estado social de derecho, lo mismo desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la cual es un juez (en el control de constitucionalidad, por regla y en tutela ocasionalmente) de lo político pero debe actuar jurídicamente, interpretando la ley, de-

duciendo sus conclusiones de las premisas normativas, y haciendo respetar el marco supremo de la actuación límite, nuestra ley fundamental, tanto en los aspectos formales como sustanciales, tanto dogmáticos como orgánicos, pues la Constitución es norma de normas y es indispensable tener una que haga efectivos los parámetros y prescripciones de orden supremo, después de todo tener una norma y un ente encargado de sancionar su respecto son hechos relacionados de forma natural, pues, mal haríamos en confiar el respeto a la Constitución a las mismas entidades que profieren las normas, en este sentido nos remitimos a Kelsen (1962) para quien el Tribunal Constitucional ha de ser "un órgano diferente del parlamento, independiente de él, y por consiguiente de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales."

Lo anterior nos permite ver la concepción kelseniana del control de constitucionalidad como legislación negativa, labor de poder político, en este sentido, enmarcada en la función legislativa, pero la cual debe desarrollarse de manera jurídica e interpretativa⁵², para garantizar el respeto debido a la Constitución por la legislación positiva.

52 "Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo." y continua al respecto "su independencia, tanto frente al Parlamento como frente al Gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la jurisdicción constitucional. Cabría, todo lo más, tomar en consideración si del hecho de que la anulación de las leyes constituyen una función legislativa se derivan ciertas consecuencias particulares en orden a la composición y al nombramiento de esta instancia." (KELSEN, 1962; p. 130 y 131).

Concluimos este aparte siguiendo a Cristian Donaire (2006) al decir: “Una necesaria precisión: las decisiones de los jueces constitucionales y el control que llevan a cabo no son de corte político. La tendencia a ampliar el margen de actuación del juez constitucional y la necesidad de evitar una distorsión de las funciones que se le confían.”

3. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

3.1. OBJECION DEMOCRATICA, LA VIRTUD LEGISLATIVA, WALDRON.

La mal llamada objeción democrática parte de asumir como una única valoración jurídica legítima la voluntad de las mayorías legislativas, las cuales tendrían plena libertad de configuración en el ordenamiento jurídico, amparándose en la forma de elección de sus miembros y en el proceso deliberativo de los desacuerdos desarrollados en su interior; después de todo los parlamentos han sido establecidos como foros en los que se plantea una respuesta con ocasión de múltiples posturas y opiniones (Waldron, 2005).

Mientras se considera en esta concepción, que por su parte el control de constitucionalidad de las leyes no es

legítimo al no ser democrático entrañando múltiples riesgos pudiendo establecerse un gobierno de los jueces⁵³, en esta doctrina que exponemos en gracia de transparencia se desestiman los riesgos de una eventual dictadura de las mayorías políticas, Waldron (2005; p.21) reconoce que “Éste es un peligro grave cuando los votos de aquellos que componen las diferentes facciones representan nada más que los intereses particulares o la satisfacción de los votantes.(...)Sobre este supuesto, permitir que una mayoría se imponga equivale a permitir que se sacrifiquen los intereses de la minoría frente a los del grupo más grande.”

Waldron (2005) parece querer ignorar este punto y pasarlo por alto, sin importar su relevancia cuando manifiesta “en todo caso, procederé en este libro bajo la presuposición de que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales”, evidentemente si se desestima el aspecto más relevante de la crítica a la dictadura de las mayorías políticas, los análisis filosóficos y abstractos pueden llegar a cualquier conclusión⁵⁴.

La idea de esta racionalidad como virtud legislativa se reitera al considerar

53 « Le contrôle judiciaire des lois n'est pas démocratique et la Cour en arrive à définir des politiques publiques. On craint un risque de politisation du pouvoir judiciaire » LÓPEZ DAZA, G. Le juge constitutionnel colombien, législateur -cadre positif: un gouvernement des juges, El juez constitucional colombiano, legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. Revista Opinión jurídica. (vol.9 no.18 . 2010) Pág. 81.

54 Insiste en este aspecto Waldron: “Pero no es necesario que ocurra algo así entre las mayorías y las minorías si suponemos que los miembros de la sociedad se comportan de buena fe en cuestiones controversiales sobre derechos, puesto que bajo este supuesto un voto puede representar, no ya un interés individual, sino una opinión individual acerca de una cuestión de interés común.” (WALDRON, 2005; p.21)

que en el parlamento se discute prioritariamente de buena fe, por lo cual para alcanzar consensos se puede apelar legítimamente a la decisión mayoritaria, después de todo, se nos insiste en esta doctrina que esta es la forma más ortodoxa para resolver desacuerdos entre portadores razonables de derechos⁵⁵.

Este concepto de la deliberación, como mecanismo para llegar al mejor resultado posible se soporta en una clara idea de la sabiduría popular, dos piensan mejor que uno, así se puede ver la obra de Aristóteles (2005), quien expresa “los, muchos, cada uno de los cuales es en si un hombre mediocre, puede sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquellos (la minoría selecta): no individualmente, si no en conjunto”, en todo caso, lo anterior será posible siempre que se trate, como en la ficción de Waldron, de actores racionales.

Pero atacar per se las votaciones como mecanismos idóneos en la toma de decisiones no es tan fácil, pues en la teoría contemporánea de la Constitución se nos remite con frecuencia a la idea de arbitrariedad de la decisión mayoritaria del parlamento, lo cual nos permite pensar en una mayor legitimidad

del control de constitucionalidad, sin embargo la objeción de la virtud parlamentaria sostiene que no existe diferencia estructural entre la manera en que se toman las decisiones en sede del Legislativo y como se hace en la Corte Constitucional, después de todo en una sentencia de constitucionalidad se resuelve igualmente a través del voto⁵⁶.

Si se encuentran en igualdad de circunstancias el parlamento y el juez constitucional podríamos pensar que no existe razón para poner a una institución sobre la otra, y sin embargo nos encontramos ante una sobrevaloración de la importancia de la voluntad y las elecciones en la configuración del derecho válido, sometiendo el ordenamiento jurídico a la simple regla de mayorías (Hart, 1983; p. 75). Lo anterior lo consideramos simplista pues, citando a Hart (1983, p.65) “Sería como si en un debate importante se nos pidiera guardar respeto o tener deferencia hacia una opinión solo porque fue expresada por la persona que habla más alto (Waldron, 2005; p. 115)”. La validez y la razonabilidad no ganan ni pierden autoridad por el número de votos a su favor, podrán existir o no, si logran las mayorías suficientes en el Congreso, pero la norma solo será válida si respeta el marco constitucional de com-

55 Insiste la doctrina en la ficción de la buena fe política al expresar: “Todo lo que pueda ser sujeto de desacuerdo de buena fe puede resolverse por los mecanismos de decisión democráticos de manera legítima “cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan de que derechos tienen” (WALDRON, 2005; p. XXIII).

56 “La diferencia entre el Parlamento y el tribunal consiste en quien ha elegido a sus miembros, y no en el método de decisión que haya utilizado. De esta manera, si el voto produce decisiones arbitrarias, casi todo el derecho constitucional es arbitrario. La Constitución contiene aquello sobre lo que no se vota, pero los jueces la interpretan y la aplican votando a su vez.” (CARBONELL, 2008; p. 561-565.)

petencias del legislador, no importa si fue votada por el 51% o el 100%.

La problemática aumenta en las democracias imperfectas o desestructuradas, pues a decir verdad no existen más que mayorías difusas y conyunturales que en pactos de poder naufragan sin un norte pudiendo arribar al puerto de la desgracia o de la tiranía sin que medie ningún límite a sus placeres, después de todo, la mayoría de veces, los parlamentos no se rigen por un debate abierto, público y transparente, en el cual se expresen opiniones y representación, al contrario es un juego de poderes en donde por simplicidades del destino se puede cambiar de mayoría sólida a oposición férrea⁵⁷.

En este aspecto he insistido en el concepto de partido perilla⁵⁸, piénsese en un parlamento conformado por tres partidos dos con el 40% y uno con el 20%, es este caso ninguno de los partidos con mayor representación alcanzaría una mayoría sin el respaldo de éste último el cual poseería un poder pragmático igual o incluso superior que el de los otros dos partidos, éstas son las problemáticas derivadas de someter el ordenamiento de derecho a

una simple regla de mayorías, las cuales como se ve pueden ser simplemente ilusorias.

Claro está, lo mismo podría predicarse del tribunal constitucional, que en palabras de Carbonell, (2008; p. 561-565) “Todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo”. Después de todo en la Corte Constitucional también puede existir un voto perilla.

Si convergen en las votaciones, hay que preguntarse ¿por qué esta doctrina de la virtud legislativa da la prioridad al parlamento sobre el tribunal constitucional?, la respuesta que se ha dado, es que dejar una discusión a un grupo determinado de personas sin representatividad resulta antidemocrático y arbitrario⁵⁹.

Esta tesis nos arroja al extremo de la soberanía parlamentaria irresponsable. Así se expresa Waldron (2005) al hablar de la ley votada como algo indiscutible “Una vez votada por el Parlamento se merece todo el respeto que

57 “se sigue entonces que cuando el poder legislativo reside en lugares como estos, las leyes deben ser inconstantes y cambiar, no de acuerdo a alteraciones en los estados de cosas, ni a la permutabilidad de las opiniones de los hombres, sino como le convenga a la mayor parte, ahora ocupada por esta, después por aquella facción, puesto que las leyes flotan por así decirlo, aquí y allí, sobre las aguas” (HOBBS, 2000; p. 137-137).

58 El término es propio pero la idea viene de los estudios sobre Seiler en: (SEILER, 2003).

59 “Algunos opinan que incluso cuando los jueces toman decisiones morales de la forma más razonada y predecible posible, dichas decisiones carecen de legitimidad política. Son el pueblo o los legisladores que este ha elegido los que deben tomar este tipo de decisiones. No son los jueces los que deben determinar los principios y valores sociales. En este sentido democrático, arbitrario significa algo parecido a carente de autoridad o legitimidad” (WALDRON, 2005; p.200).

el estatus de la comunidad le confiere, sin perjuicio (de hecho, poniendo entre paréntesis) de los méritos sustantivos de su contenido”.

¿Quiere decir que no existiría en este orden de ideas una pretensión de justicia en esta doctrina?, según lo entendemos, si. Lo anterior obedece a la indeterminación de los valores y la libertad de configuración de los mismos a través de reglas de votación y elección, así todos opinaran lo que consideren diciendo “Esto es lo que realmente exige la justicia; y las teorías que sostienen los demás ciudadanos y que rivalizan con la mía en el debate público están sencillamente equivocadas”.

Así las cosas, en esta teoría no solo rehusaríamos la posibilidad de contenidos morales en el derecho sino que promoveríamos los radicalismos al interior de nuestras naciones, citando al propio Waldron (2005) “¿Cómo podría alcanzarse un compromiso sobre la justicia? Ceder un centímetro a mis rivalidades sería como admitir que la sociedad no está siendo todo lo justa que debería ser”.

Creemos que el libetinaje en la configu-

ración legislativa confunde los conceptos de el derecho y los derechos⁶⁰, del primero nacen los segundos, la igualdad⁶¹, la familia⁶² y la libertad⁶³ existen jurídicamente por ser reconocidos y expresados en el orden jurídico, sin embargo una vez promulgada la norma que reconoce estos principios y valores a título de derechos, fundamentales en este caso, tienen vida jurídica y deben ser interpretados conforme lo que son, pretensiones con miras axiológicas no simples letras en un papel, los derechos se positivizan y no son simples abstracciones indeterminadas⁶⁴, pero una vez promulgados debe interpretarse y aplicarse en causas concretas que requieren de una clara pretensión de respeto por el interés de la justicia, indeterminada por esencia, pero siempre perseguible, cuentan, de manera análoga que los exploradores del polo norte geográfico buscaron el punto cero que guía todas las brújulas, no lo encontraron con exactitud, pero aun así todo sabemos que hacer si queremos ir al norte.

Nos dicen que para este modelo de teoría política “todos deberíamos considerar nuestra concepción de los derechos como una opinión o una posición par-

60 un derecho (right) y el derecho (law), son términos correlativos: como lo son de hijo y padre. Un derecho es para mí como el hijo del derecho: de distintas operaciones con el derecho surgen distintos tipos de derechos. Un derecho natural es un hijo que nunca tuvo padre” (BENTHAM, 2010; p.73).

61 Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

62 Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia. Artículo 16 y s.s. de la Constitución Política de Colombia.

63 Artículo 16 y s.s. de la Constitución Política de Colombia.

64 “pero las razones para desear que existieran tales cosas como los derechos, no son en si mismas derechos; una razón para desear que se estableciera un cierto derecho, no es tal derecho, querer no es ofrecer, el hambre no es pan” BENTHAM, J. (1987) *Anarchical fallacies: begin and examination of the declarations of rights issued during the French Revolution*. New York:ed. Bowring: p. 53.

ticularmente bien construida que, en líneas generales, pudiera ser sostenida por todos los ciudadanos” (Waldron, 2005; p.273), sin embargo cualquiera sea el resultado debemos considerar que por provenir del parlamento éste es legítimo y deberemos ceñirnos a él de la manera más estricta, lo cual en la práctica implicaría dejar de lado la Constitución y someter a la discrecionalidad del legislativo la aplicación o no de esta.

Pero a nuestro parecer se equivoca Waldron (2005, p:198), después de todo expresa “y una vez que una norma jurídica ha sido aprobada por el poder legislativo, ya no se requiere el uso de ningún juicio moral para su identificación, interpretación o aplicación”, cuando en realidad siempre se necesita interpretación, siempre existe el acto humano no aparece sin conexión la prescripción jurídica y la decisión, pretender regir el derecho por esta mano invisible es como creer en fanatismos. Esta tesis podemos compartirla si se aclaran dos aspectos.

En primer lugar es necesario distinguir entre norma constitucional y legal, no cualquier producción del legislador está exenta de controles materiales, una ley solo es válida si repeta el marco constitucional el cual es el que asigna competencias al legislador, mal podría utilizar estas competencias para contradecir el contenido de la Constitución, límite de competencias que

igualmente restringe al legislador en términos de la proscripción de sustitución a la Constitución.

En este sentido existe una segunda aclaración, si lo que se pretende es dejar en evidencia la diferencia entre derecho positivo y moral en la producción de normas, no su validez o aplicación, la tesis puede ser aceptada, después de todo el derecho funciona con sus propias construcciones, pero insistimos estas construcciones mal podrían limitarse a la simple manifestación de voluntad del legislador, en la autorreferencia del derecho, existe el límite Constitucional como norma de normas y la necesidad de aplicación interpretativa del fallador.

Una interpretación constructiva de la tesis de la virtud legislativa consiste en aceptar su legitimidad para regular las problemáticas sociales si cumple con determinados requisitos, así las decisiones se toman tras debates, exposiciones y argumentos⁶⁵. En este sentido Waldron (2005; p:231) manifiesta “La democracia es el gobierno mediante la discusión pública libre y racional entre ciudadanos legalmente iguales, y no simplemente la imposición de la voluntad de la mayoría. No se debería dar autoridad soberana a cualquier voluntad, sino a una voluntad formada en un debate ampliamente abierto y dinámico. El derecho jurídicamente garantizado oponerse es en consecuencia

65 “ Una cosa es el gobierno de una mayoría popular si los votos se emiten después de largos periodos de argumentación entre los ciudadanos y sus representantes, y otra cosa muy distinta si se emiten los votos sin ninguna interacción deliberativa si la cultura política es tal que la mayoría de la gente siente miedo de expresar su oposición tan frente como empieza a aparecer algún indicio de consenso mayoritario” (WALDRON, 2005; p.331)

norma fundamental del gobierno democrático; proporciona una pre condición esencial para la formación de la opinión pública democrática”.

Así las cosas, el control de constitucionalidad está establecido para que con base en la norma positiva de máxima jerarquía, la Constitución, se garantice la existencia de normas respetuosas del sistema democrático de derecho, es por lo tanto una objeción basada en el derecho⁶⁶, para defender la democracia contra las desviaciones que so pretexto de la misma tenga una mayoría parlamentaria.

Si una norma es producida bajo los parámetros ideales de racionalidad discursiva y respeto por los otros participantes, seguramente será válida en el sistema de derecho, pero si no lo es y constituye una vulneración a los marcos dogmáticos u orgánicos de la nación el control judicial debe interferir. Después de todo, la riqueza de las múltiples intervenciones en un parlamento se ve aumentada cuando la participación general se da con otras ramas igualmente.

Si la mal llamada objeción mayoritaria o tesis de la virtud legislativa desestima el control de constitucionalidad, podremos ver, conforme lo expuesto, que la doctrina se reducirá a una ex-

presión solapada de sometimiento a la arbitrariedad de los políticos, amparando los caprichos de estos en la armadura de “lo razonable en la política”, es decir algo arbitrario que se justifica sinicamente⁶⁷.

En todo caso, la lejanía de las abstracciones muchas veces nos impiden ver las realidades, no existe un valor previo e inmutable que nos permita predicar prioridad del legislativo sobre el judicial o viceversa, sin embargo claramente en Colombia se ha visto más racionalidad (no perfecta, claro está), en las decisiones de la Corte Constitucional, desarrollando un sistema de precedentes, unas cargas argumentativas y unas líneas de pensamiento que en mucho distan de los espectáculos que hemos tenido que presenciar de parte del legislativo nacional.

Lo expondremos de la forma más clara posible: la teoría no le puede dar al legislativo la credibilidad que el mismo ha perdido por sus actos.

3.2. UN PROBLEMA CONCEPTUAL, UNA VEZ MÁS, ¿QUE ES DEMOCRACIA?:

Lo objeción de la virtud legislativa, mal llamada de la objeción democrática, se centra en resaltar el valor representa-

66 “Si hay objeción democrática al control de constitucionalidad, deberá estar también basada en derechos” (WALDRON, 2005; p.338)

67 Se expresa Waldron (2005; p.140) sobre este descomunal riesgo así: “Todo rasgo del método de decisión mayoritaria que parezca arbitrario puede ser defendido como razonable en las circunstancias de la política” negrilla propia.

tivo del parlamento en una clara concepción de democracia representativa, así se expresa Luchaire al sostener que la democracia consiste en el poder a los elegidos, no a los jueces quienes de hecho no lo desean. Hablar de un gobierno de los jueces es un error. Los jueces no quieren gobernar. Pero los obligamos en ocasiones⁶⁸.

Sin embargo, creemos que podemos resolver todas estas problemáticas si se formulan con más precisión. Todos los jueces ejercen un poder tal como lo explicábamos anteriormente, más aun aplicar la Constitución no los convierte en gobernantes, piénsese que otros órganos jurisdiccionales son jueces constitucionales, aunque no lo sean de la ley, sino de las normas infra-legales o actos administrativos. Tal sería el caso del Consejo de Estado (Drago, 2006). Detengámonos entonces un momento en entender que es el democracia y su relación con la regla de mayorías, históricamente, los sistemas políticos propios de la democracia occidental, mejor conocidos como sistemas democráticos, han sido aquellos donde se da aplicación a la regla de mayoría; la cual predomina en la elección de aquellos a quienes se les otorga poder para

tomar de decisiones que involucran a la comunidad, al igual que en la formulación de decisiones de los cuerpos colegiados⁶⁹.

Resulta pertinente en nuestro estudio preguntarnos acerca de qué es la Democracia. En su concepción más tradicional, diremos que la democracia es el gobierno del pueblo; definición que se desprende de su etimología donde el vocablo demos significa pueblo y kratos gobierno. En este sentido, la democracia se ha considerado con el transcurrir de los años como el gobierno de las mayorías, concepción que dista de otros sistemas de gobierno tales como la oligarquía donde el gobierno está en cabeza de la clase que ostenta el poder económico, la monarquía cuyo gobierno corresponde a una persona en razón de un linaje familiar, la anarquía con un gobierno acéfalo entre otros; sin que esto signifique que en estos regímenes el poder político ejerza a través de la regla de mayoría⁷⁰.

Los conceptos de Democracia y mayoría se han tomado desde tiempos inmemoriales como sinónimos, sus concepciones se han relacionado de tal forma que se cree que cuando se habla del

68 " La démocratie —se añade— est représentative; le pouvoir est donc aux élus. Il n'est pas aux juges qui d'ailleurs n'en veulent pas. Parler de "gouvernement des juges" est une erreur. Les juges ne veulent pas gouverner. Mais on les oblige parfois" Favoreu, L, "Le Conseil Constitutionnel et la cohabitation", pp. 25 y 26.

69 "Los sistemas políticos que suelen denominar democráticos, o más frecuentemente de democracia occidental, son mismas en los que se aplica la regla de mayoría, tanto para la elección de aquellos a quienes se ha atribuido el poder de tomar decisiones que involucran a toda la comunidad, como para formulación de las decisiones de los órganos colegiados supremos." (Bobbio, 2003; p. 462).

70 "La democracia es definida como gobierno de la mayoría en contraprestación a la oligarquía y a la anarquía la cual no significa que el poder político se encuentra en manos de "los más" o de "muchos", en oposición al poder de uno solo o de pocos. Esto no quiere decir que el poder político ejerza en esos regímenes mediante la aplicación de la regla de mayoría." (Bobbio, 2003; p. 463).

gobierno de la mayoría necesariamente se habla de Democracia y viceversa. Sin embargo esta creencia dista mucho de la realidad; así pues se tienen sistemas políticos no democráticos que en su aplicación hagan uso de la regla de la mayoría y a su vez sistemas democráticos que no se rigen por la regla de mayoría, sin que por esa razón pierdan su carácter democrático⁷¹.

El gobierno de las mayorías es criticado en muchas ocasiones no solo porque entraña una regla de decisión eminentemente aritmética y desprovista de cualquier valor, sino igualmente porque facilita las circunstancias a que minorías se abroguen la legitimidad a nombre de una mayoría ilusoria; de esta manera no será difícil imaginar una élite económica que obtiene una ventaja en determinadas elecciones y se presenta como representante de las mayorías y del interés general. Las críticas a este gobierno radican en que sus tecnicismos suelen ser utilizados a

conveniencia incluso por las minorías que pretenden acceder al poder y pretender legitimarse en el gobierno⁷².

La regla de la mayoría ha sido considerada por muchos como irracional, debido a que los criterios meramente cuantitativos usados en su aplicación se convierten bajo su imperio en cualitativos, lo cual resulta ser poco conveniente en el entendido de que por el simple hecho de la superioridad numérica no se tiene indudablemente traducida la voluntad popular; aunque adoptando la concepción weberiana tendríamos que la regla es racional basándonos en criterios axiológicos, o lo es bajo lo racional de su objetivo⁷³.

En éste punto es importante resaltar que la regla de la mayoría no es entendida exclusivamente como base de la democracia, sino que ésta misma sirve para la formación de la voluntad colectiva dentro de cualquier grupo organizado⁷⁴.

71 “De lo anterior se desprende la democracia y la regla de mayoría, lejos de ser conceptos de igual extensión, sólo tienen en común una parte de la misma; esta puede superponerse, ya que, por un lado, pueden existir sistemas políticos no democráticos que aplican la regla de mayoría en la elección del órgano supremo de decisión como en la toma de decisiones de gran importancia; y por otro, hay determinaciones colectivas en los sistemas democráticos que no se toman siguiendo la regla de mayoría, sin que por ellos estos sistemas dejen de ser democráticos.” (Bobbio, 2003; p. 463).

72 “En consecuencia, no es posible imputar a esa pauta los perjuicios que se derivan del gobierno de la mayoría, el que, como ya mencionado, siempre fue entendido como una forma mala de gobierno, no porque impere en él la regla de la mayoría, sino porque son “los muchos” los que gobiernan también a través del recurso técnico de la regla de la mayoría, el cual es igualmente utilizado – según convenga – por los gobiernos de las minorías.” (Bobbio, 2003; p. 464).

73 “Como la de mayoría, es aparentemente irracional (pues confía a un criterio cuantitativo una elección o una decisión que es eminentemente cualitativa), adoptando una conocida definición weberiana, estos argumentos pueden distinguirse en axiológicos y técnicos, es decir, que con algunos se busca demostrar que la regla es racional según los valores, y con otros lo que es racional según su objetivo.” (Bobbio, 2003; p. 466).

74 “Bien miradas, éstas son las argumentaciones más difíciles, y en su conjunto menos convincentes que los argumentos técnicos o de técnica organizativa; éstos sirven para justificar la regla de la mayoría no tanto como regla fundamental de la democracia, sino como la mejor regla para la formación de una voluntad colectiva dentro de cualquier grupo organizado” (Bobbio, 2003; p. 467).

Consideramos que todos los errores de percepción sobre democracia y regla de mayorías derivan de una ficticia legitimidad que se da a la regla de mayorías haciéndola pasar por garante del principio de igualdad,

El teórico Kelsen ha afirmado que el principio de la mayoría y de contera el de democracia son recapitulaciones de los ideales de libertad e igualdad⁷⁵. Consideramos que todos los errores de percepción sobre democracia y regla de mayorías derivan de una ficticia legitimidad que se da a la regla de mayorías haciéndola pasar por garante del principio de igualdad, de ésta forma tenemos que no siempre estos dos conceptos coinciden de manera tal que el principio de mayoría siempre será necesario contrario sensu de lo acontecido con el principio de igualdad, ya que no es posible asumir la idea de igualdad como justificación de una virtud y legitimidad legislativa⁷⁶.

Así las cosas no se comparte “La teoría que rechaza el instrumentalismo de

los derechos, y que sostiene en cambio que los portadores de derecho a resolver por si mismos los desacuerdos de los derechos que poseen en términos de igualdad, es la única teoría basada en derechos de la autoridad plausible que queda en pie” (Waldron, 2005; p.303). Pues se confunde la rama legislativa con la soberanía popular y un método para la toma de decisión con autoridad sin límites del mismo.

La característica más relevante en un sistema político democrático, no es el principio de la mayoría como tal sino el sufragio universal, mejor aún, éste principio de mayoría aplicando a las votaciones con sufragio universal⁷⁷. Lo que se pretende lograr con el sufragio es determinar garantías de los derechos y libertades, de la misma manera que propender por el respeto del multiculturalismo en tendencias políticas, la libre competencia entre las mismas y resaltar la importancia del voto secreto⁷⁸.

Sin embargo, al darle aplicación a la

75 “Kelsen afirma, como conclusión de su reflexión, que “el principio de mayoría” y por lo tanto la idea de democracia [podemos ver que aquí la idea de democracia se hace depender del principio de mayoría] es así una síntesis de las ideas de libertad e igualdad”. (Bobbio, 2003; p. 467).

76 “Del mismo modo, una hipotética votación política por medio de votos populares o ponderados (el voto del presidente vale por dos) no contradice el principio de mayoría, aunque no respeta el principio democrático de igual valor de los individuos. Lo anterior no quiere decir que no exista un nexo entre la idea democrática de igualdad y el principio de mayoría, sino que este nexo existe porque, una vez adoptada la idea, el sentido opuesto, o sea, cuando se quiere que el principio de la mayoría implique la idea de igualdad. Es precisamente lo que se quería demostrar: no es posible de asumir la idea de igualdad como justificación del principio mayoritario.” (Bobbio, 2003; p. 468).

77 “En pocas palabras, lo que caracteriza a un sistema político democrático no es el principio de mayoría, sino el sufragio universal, o, en el mejor de los casos, el principio de mayoría aplicado a votaciones con sufragio universal.” (Bobbio, 2003; p. 469).

78 “Requiere como supuestos una serie de condiciones preliminares favorables (reconocimiento y garantía de los derechos de libertad, pluralidad de tendencias políticas, libre competencia entre ellas, libertad de propaganda, voto secreto, etc).” (Bobbio, 2003; p. 470).

regla de la mayoría no se puede pretender darle alcances más allá de lo permitido. De ésta forma es menester decir que no es posible otorgarle la capacidad de extender la libertad o el consenso; pues el fin último de ésta regla es ampliar el alcance del número de individuos que votan por determinada opción, prefiriendo otra destinta a la escogida⁷⁹. No hay que olvidar el hecho de que por lo general, en cuanto son más grandes las mayorías y existe mayor unanimidad, es fácilmente evidenciable que no existe plenitud en cuanto a la libertad del voto; y el mejor ejemplo de lo dicho lo encontramos cuando se da el consenso tácito, es decir, si en una votación nadie hace oposición se da por entendido la aprobación⁸⁰. En éste contexto la regla de la mayoría es aplicada como una regla técnica o instrumental, en el entendido de el ideal de consenso unánime es lejanamente alcanzable y en cuyo caso las objeciones que lleguen a presentarse serán inmediatamente reprimidas, por lo que se tendrá que hacer uso de la regla mayoritaria⁸¹.

Evidenciamos también cómo en algunas sociedades plurales, los grandes grupos organizados actúan prácticamente como entes soberanos, reconociendo estos como medio de resolución de sus conflictos la negociación mutua, en la que el gobierno se limita a desempeñar una función de observador o árbitro, es decir visto como un garante generando cumplimiento a lo dicho⁸². En el ejercicio de la democracia es importante la tensión existente entre mayorías y minorías además del compromiso existente entre estos. Su importancia radica en que, de ésta forma, se crea un factor favorable para ambos extremos de la balanza; pero se debe verificar al interior de la mayoría el momento en que se da la formación, puesto que esta no tiene lugar a crearse de la nada⁸³.

En éste dinamismo entre mayorías y minorías, innegablemente la decisión adoptada por la mayoría es tendiente a la suma cero, pues una pierde y la otra gana, ya que gana la mayoría y pierde la

79 “Por consiguiente, atribuir a la regla de mayoría la capacidad de maximizar la libertad o el consenso es otorgarle una virtud que no le pertenece: lo que la regla de mayoría maximiza es sólo el número de aquellos que votan en una dirección, prefiriéndola a otra distinta.” (Bobbio, 2003; p. 470).

80 “En este caso, la regla de mayoría prestó todos los servicios que se pueden pedir, pero la sociedad de la que es espejo no es una sociedad libre. Como cuando se vota por aclamación o por consenso tácito (si nadie se opone, la deliberación se da por aprobada únicamente).” (Bobbio, 2003; p. 471).

81 “Puesto que el ideal del consenso unánime no se puede realizar en la práctica (insisto en esto último) o puede realizarse sólo en casos excepcionales, en los que la objeción casi siempre es sofocada, se asume la regla de mayoría como regla técnica o instrumental.” (Bobbio, 2003; p. 471).

82 “Recordemos que en una sociedad plural los grandes grupos organizados se comportan como entes cuasi soberanos, y para resolver sus conflictos no reconocen otra manera más que la negociación mutua, frente a la cual el gobierno se limita a realizar una función de mediado o de árbitro y, cuando la negociación ha concluido, de garante (a menudo imponente) de su cumplimiento.” (Bobbio, 2003; p. 471).

83 “Debemos agregar que, si debe haber un compromiso, éste se verifica, antes que entre mayoría y minoría, en el interior mismo de la mayoría, cuando la formación de ésta última no tiene lugar espontáneamente.” (Bobbio, 2003; p. 474).

minoría⁸⁴, a diferencia de lo que acontece en el caso de que ambos extremos ganen, como sucede por ejemplo en el contrato, pues del cumplimiento de un compromiso adquirido ganan ambos socios, ya que en dicho contrato de intercambio ambos encuentran conveniencia; hablando como regla general, pero como hay excepciones sería negativo en el caso contrario cuando alguno de los contrayentes incumplan y por ende engañe al otro⁸⁵.

Lo anterior es el mejor ejemplo de aquellos gobiernos donde no influye la regla de mayoría, sino el acuerdo entre partes, es decir entre aquellos monarcas absolutos y aquellas clases que generan participación en el gobierno⁸⁶.

Como síntesis de lo anteriormente dicho, podemos afirmar que el principio de mayorías bien entendido es condición necesaria pero no suficiente para

el ejercicio de la democracia, pues para ello en el ejercicio del poder político debe haber otras garantías que permitan materializar la democracia⁸⁷.

Hay que anotar que la democracia no puede aislarse del principio de contrato social⁸⁸, pues se quiere mantener la idea de reglas fundamentales de convivencia, así sea la de mayoría, pero se requiere integración de la sociedad⁸⁹.

Permitaseme resumir esto: La mayoría no es la democracia, no seguirás la mayoría para hacer el mal dice el evangelio.

3.3. ES DEMOCRACIA.

El término Democracia Constitucional es definido como el tipo de organización jurídica de los Estados en los cuales la soberanía pertenece al pueblo que conjuntamente ha adoptado los

84 “Una respuesta es proporcionada también por la teoría de juegos, que hace una distinción entre los juegos cuyo resultado es de “suma cero” y aquellos cuyo resultado da una suma diferente de cero, que pueden ser positiva o negativamente.” (Bobbio, 2003; p. 474).

85 “Al contrario, el resultado de un compromiso, cuya forma jurídica típica es el contrato, generalmente es un resultado de suma positiva, a saber, un resultado en el cual ambos socios ganaba algo, como sucede en todo contrato de intercambio, que se cierra precisamente porque ambos contrayentes encuentran conveniencia en él (decimos “generalmente” porque también podría tener resultado negativo, cuando los dos contrayentes se engañen mutuamente).” (Bobbio, 2003; p. 475).

86 “Nada impide que el resultado sea una monarquía republicana (la monarquía constitucional) o una república monárquica (la república presidencialista)” (Bobbio, 2003; p. 475).

87 “Ya se han expuesto las razones por las que creemos que el principio de mayoría es necesario, pero no suficiente, para la democracia.” (Bobbio, 2003; p. 475).

88 “Las razones de esta persistencia se encuentran en que es difícil, si no imposible, disociar ideal de una sociedad libre de la práctica – más allá del principio de mayoría extendido al mayor número – de la negociación entre individuos o grupos formalmente libres e iguales.” (Bobbio, 2003; p. 476).

89 “Aun más, el ideal de la democracia no puede disociarse del principio del contrato social, es decir, de la idea del acuerdo de cada uno con todos los demás sobre algunas de las reglas fundamentales de la convivencia, aunque se trate de una sola regla, la de mayoría.” (Bobbio, 2003; p. 475).

principios del constitucionalismo. Estos principios consisten en reconocer la capacidad del pueblo, como constituyente supremo que puede desde afuera determinar el régimen político, la organización institucional y los valores esenciales que la organización social debe respetar. El conjunto de estas prescripciones están consignadas en la Constitución respecto de la cual su respeto es una condición necesaria para el establecimiento de una democracia constitucional, esta organización política es por consiguiente indisoluble de un control efectivo de la conformidad entre las normas de inferior jerarquía y las prescripciones constitucionales (ROUSSEAU, Dominic 2006).

Esto no se debe simplemente a que un Estado pretenda tener un régimen político compatible con las exigencias inherentes a la democracia constitucional, esta afirmación corresponde a la realidad misma en el desarrollo de los derechos (Favoreau, 1996), será necesario siempre en el marco de un análisis jurídico examinar la conformidad de tal manifestación con la realidad de la Constitución para lo cual es indispensable un Órgano de Control de Constitucionalidad encargado de hacer efectiva esta democracia constitucional (Drago, 2006).

Este órgano de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional en el caso de Colombia, es el productor de una forma de democracia que lo legitima (Rousseau D., 2006), él produci-

rará el contenido de esta representación de democracia con la restructuración dogmática de “las reglas que se imponen a todos los órganos del Estado”, “fundamento de la democracia” (Rousseau D., 2006) etc.

Tanto los regímenes totalitarios como los regímenes democráticos actúan sobre un ordenamiento jurídico, pero los primeros rehúsan la discusión sobre los derechos, su carácter excluyente impide otras posibilidades, las (verdaderas) democracias dejan la cuestión de los derechos abierta, porque su lógica es la de no reconocer ningún poder público como absoluto (Rousseau D., 2006). La actividad del Órgano de Control de Constitucionalidad encuentra su valor, como campo de evolución y adaptación constante de las reglas, valores y principios para impedir toda suerte de monopolio sobre las ideas y el derecho, al ejercer un control sobre las normas negativo no se convierte en un riesgo pues el legislador continua con el monopolio sobre la creación de normas, pero estas tienen límites en la democracia misma, este es el valor de un Tribunal Constitucional (Drago, 2006).

Así las cosas, la labor que se ejerce con ocasión del control de constitucionalidad es parte integral de una democracia, pues esta es determinada por una nación en el marco constitucional, en el cual se expresan los deseos, objetivos y fines a los que aspira una comunidad. Una constitución que carezca de la ga-

rantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico. Aunque en general no se tenga conciencia de ello porque una teoría jurídica dominada por la política no permite esta toma de conciencia, una Constitución en la cual los actos inconstitucionales sigan conservando su validez, al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad equivale desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria (Kelsen, p.150).

Si la democracia se soporta en la Constitución so pretexto de la regla de mayorías no podrá destruirse la Carta Magna que la legitima, el control de constitucionalidad y el Estado Social de Derecho son ideas ligadas de la manera mas íntima, por lo tanto la labor del juez constitucional es parte misma de la democracia⁹⁰, no existe en este orden de ideas un gobierno-tiranía de los jueces donde lo que acontece es la reivindicación del marco constitucional supremo, ni existe democracia donde los elegidos por el pueblo no tienen ningún control.

El concebir la Constitución como nor-

ma jurídica con plena pretensión de aplicación implica que no existen en realidad actos políticos⁹¹ exentos de control constitucional, como lo plantea la teoría del derecho administrativo, pues aun esos criterios tienen límites orgánicos y dogmáticos, ¿Qué decisión aun con todos los acuerdos políticos y votaciones puede ser válida en una democracia si consiste en vulnerar derechos fundamentales?⁹².

En palabras de DONAYRE (2006; p.527 y528) “Como la constitucionalización de la política. Efectivamente, hoy se asume la configuración de las relaciones entre los componentes del aparato estatal como relaciones entre organismos u órganos dotados de competencias contempladas en el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, susceptibles de ser sometidas a control en caso se ejerzan indebidamente”. Así creemos que habrán espacios de libre decisión, pero esa decisión es libre por la autoridad de la Constitución y mientras no contradiga sus mandatos.

El juez constitucional como garante de la efectividad de los mandatos constitucionales puede ser independiente del resto de la rama de la justicia pero su labor debe ser claramente jurídica, su

90 “La idea del control de constitucionalidad está íntimamente ligada con el desarrollo del Estado de Derecho” (Tobo Rodríguez, 2004; p. 135).

91 “Nos referimos, pues, a los actos calificados como políticos, o también conocidos como cuestiones políticas no justiciables, precisamente por tratarse de conductas no susceptibles de ser revisadas en sede judicial.” (Donayre Montesinos, 2006; p.532).

92 “En otros términos, la preocupación por consolidar la condición de norma jurídica del texto constitucional ha conducido a poner en tela de juicio si realmente existen actos exentos de control constitucional, que era lo que suceda, al menos hace. Donayre Montesinos, 2006; p.527).

estructura como rama propia o parte de la rama judicial⁹³, nada dice de la problemática derivada de sus competencias, la polémica del choque de trenes se ha dado tanto en Italia como en Colombia, y en ambos casos se cuentan con claras competencias para garantizar la supremacía e integridad de la Carta Magna, pues siendo parte de la rama judicial cuentan con plena independencia claro ejemplo es el Tribunal Constitucional alemán en vigencia de la ley fundamental de Bon⁹⁴.

Pero tanto el juez constitucional como el legislador están sometidos a la Constitución, ¿cual es su diferencia? (Tobo, 2004; p.150), ciertamente como lo hemos expuesto existe un contenido político en el control de constitucionalidad, pero es en todo caso un función preminentemente jurídica si se le diferencia de las otras ramas en que se dividen las funciones publicas, las cuales también están sometidas al derecho pero tienen una prioridad política.

Una primera diferencia es la elección, la tentativa de cuestionar al juez constitucional por su forma de elección es al mismo tiempo un argumento para de-

terminar la naturaleza política de sus funciones, se eligen jueces, de manera estable por sus calidades profesionales lo cual hace que mantengan independencia para desarrollar sus providencias, no solo respecto de otras ramas, sino independencia de las pasiones y mareas de la vida política.

Recordemos además, que en Colombia los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de sendas ternas enviadas por el presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, así se evidencia una alta participación de la judicatura en las elecciones de los magistrados, si se quiere ver numéricamente, seis de los nueve magistrados en Colombia son propuestos por la rama de la justicia.

La segunda gran diferencia radica en la diferencia entre control jurídico y el control político, pero ambos son partes integrantes de la Democracia, pero en todo caso si trata de un Estado Social y Democrático de Derecho, todas las actuaciones deben ser susceptibles de control judicial en el cual no se analiza conveniencia o calidad de la decisión

93 "Es necesario precisar que por regla general, los tribunales constitucionales no forman parte del poder judicial. Esta regla tiene excepciones, como son los casos de los Tribunales Constitucionales de Bolivia y de Colombia en Sudamérica, como ocurre con la Corte Constitucional Alemana en Europa, los cuales forman parte de la estructura orgánica del poder judicial aun cuando cuentan con plena independencia para el ejercicio de sus funciones específicas." (Tarapués Sandino, 2007; p.179).

94 "La definición en cuanto al carácter judicial o político de la Corte Constitucional Colombiana, depende, como ocurre en los lugares del mundo donde existen órganos similares, de la manera de designar a sus integrantes, de los requisitos académicos y profesionales exigidos para su nominación, del Gobierno y, más importante aún, del grado de libertad con el cual la Corporación interprete y aplique la Ley Fundamental." (Tarapués Sandino, 2007; p.179).

sino el respeto que la misma debe a los marcos generales de la sociedad⁹⁵. En este orden de ideas debe haber un órgano aparte pues no es el congreso mismo el idóneo para juzgarse, como darle la como darle la carne fresca a los animales salvajes para que la cuiden, mas en una crisis de legitimidad del congreso mismo.

Es entonces donde se resalta la pretensión de ausencia de discrecionalidad en las decisiones del juez pues el resuelve en derecho, no existen ámbitos de libre configuración, como si sucede con el legislativo, le exigencia argumentativa es propia del control de constitucionalidad como ejercicio jurídico, Así lo afirma Natalia Bernal Cano (p.43), “Actualmente en la técnica del control de constitucionalidad se obliga al órgano encargado de velar por la integridad

de la Norma Suprema a explicar mejor las razones que sustentan sus decisiones para evitar las acusaciones de arbitrariedad y falencias de orden formal o sustancial en el procedimiento contencioso constitucional.” Carga que se impone actualmente, incluso a Jueces Constitucionales con una mayor tradición de naturaleza política, como es el caso del Consejo Constitucional francés⁹⁶.

Existen claros efectos de las exigencias en el razonamiento argumentativo de las decisiones de constitucionalidad, pues las debilidades argumentativas de providencia harán que esta sea mas fácilmente revaluada en el futuro, una idea en derecho que pretenda ser estable y duradera debe estar bien fundamentada sino tambaleará por sus propias fallas⁹⁷ y es bien sabido que a

95 “Aun cuando es de conocimiento general la complejidad que existe para definir un acto como político, es menester tener presente que esta noción corresponde a la jurisprudencia francesa, que por razones no precisamente de corte jurídico, calificó como tales a aquellos actos distintos a los administrativos y no sujetos a control jurisdiccional alguno. En esa línea de pensamiento, se afirma que los actos políticos son aquellos que no se encuentran vinculados al principio de legalidad y no son susceptibles de ser sometidos a revisión jurisdiccional, por lo que las autoridades que tienen la posibilidad de dictarlos ostentan una discrecionalidad total, discrecionalidad que se enmarca en pautas de oportunidad y conveniencia.” (SANTOFIMIO GAMBOA, 2003; p.148).

96 “Toda decisión emanada del Consejo Constitucional Francés debe contener una exposición y no un simple resumen de los argumentos y de los medios enunciados por los recurrentes para sustentar la significación e interpretación de los principios constitucionales relacionados con la ley que se acusa, un análisis detallado de esta y el desarrollo del razonamiento por el cual ella no es interpretada y juzgada conforme a la constitución” (Bernal Cano, pág. 43)

97 “Las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso, verbigracia una sentencia, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento, se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso, pues, en efecto, si hay alguna justificación de la base de las garantías que reconocen la defensa técnica, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el principio de contradicción o el de impugnación, todos reconocidos por el art. 29 de CP ha de ser precisamente la necesidad de exponer fundamentos que respaldan cada terminación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario judicial . Siempre será necesario entonces, aportar razones y motivos suficientes a favor de la decisión que se toma, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso” (Bernal Cano, pág. 43)

ningún juez le gusta que se revoquen sus decisiones. En todo caso no sobra insistir que la débil argumentación es una causal legítima para apartarse de un precedente y en este orden de idea posee efectos jurídicos.

En términos de Montesquieu, la rama menos peligrosa es la judicial, pues posee la balanza, no la espada ni el arca, así mismo, en el caso del presidencialismo colombiano se hace no solo menos riesgoso, sino mas aun podría pensarse en que es necesaria fortalecerla, pues existe siempre coherencia entre el legislativa y el ejecutivo.

Creemos, en interpretación constructiva, que a esto es la lo que se refiere López Daza al manifestar que Colombia no tiene un gobierno de los jueces⁹⁸, al contrario en garantía de la democracia ha instaurado una solida jurisdicción constitucional, la cual se justifica en una nación a pesar de los esfuerzos por entregar un poder al estilo del Estado Absolutista al legislativo.

4. CONCLUSIONES

Se ve finalmente como el término “gobierno de los jueces”, es la forma peyorativa en la que se refiere un sector de la doctrina a la “democracia constitucional”, intentando desestimarse el control de constitucionalidad en favor del legislativo.

Se ha visto Cómo el Control de constitucionalidad en Colombia esta concentrado sobre las acciones contra las leyes y difiere por las acciones constitucionales y la sentencias de constitucionalidad, en tanto que el consejo constitucional ejerce un control concentrado a priori sobre las leyes que al mismo tiempo restan según los criterios formal y material

Las críticas ignoran dos cosas: de un lado los ciudadanos como comunidad pueden actuar sobre sus normas, claro, pero en calidad de constituyentes ese es el mecanismo (proceso) adecuado, mal puede abrogarse una competencia el legislativo para en nombre de la democracia destruirla, esto igualmente debe ser desarrollado por ciudadanos libres, consientes, informados y comprometidos, una nación de Sócrates, pues el Sócrates aislado es condenado a la cicuta, en violación de garantías fundamentales, además.

Las réplicas no pueden hacerse a una corporación en abstracto, será necesario analizar el rigor interpretativo y argumentativo del fallo determinado para valorar el mismo, esto requerirá claro, una exposición detallada de las razones por las cuales se considera correctamente o no desarrollado el proceso hermenéutico y argumentativo de una decisión judicial, identificando los métodos de interpretación y las exigen-

98 « Pourtant si l'on considère des aspects du pays comme sa tradition démocratique ininterrompue, sa relative stabilité institutionnelle, son développement de la démocratie participative et son principe de séparation des pouvoirs, tout porte à penser que nous n'avons pas un "gouvernement des juges" » (LÓPEZ DAZA, 2010 ; Pag. 81)

cias argumentativas, de manera clara y explícita.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGULO BOSA, J. (2002). *Gestión del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá D.C. Editorial Leyer.

ALEXY, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

ALEXY, R. (2004) *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Traducido por Carlos Bernal Pulido. Madrid: editorial Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

ALEXY, R. (2008) *Epilogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales*, traducción de Carlos Bernal. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. y GARZON VALDES, E.. (2007). *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. México D.F: Ediciones Fontamará.

APARICIO PÉREZ, M.A. (1983). *Algunas consideraciones sobre la Justicia constitucional y el Poder judicial*. *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, (Vol. 82, N° 4) págs. 935-968

ARISTÓTELES. (2005). *La Política*. Madrid: Ediciones Istmo, S.A. Libro III,

cap. XI, 1281b.

ATIENZA, M. (1997) *Derecho y argumentación*, Bogota: Universidad Externado de Colombia.

ARANGO OLAYA, M. (2006). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Santiago de Cali: Universidad Icesi.

BENTHAM, Jeremy, *Anarchical fallacies: begin and examination of the declarations of rights issued during the French Revolution*. ed. Bowring; II, New York, 1962

BENTHAM, J. (1987) *Anarchical fallacies: begin and examination of the declarations of rights issued during the French Revolution*. New York: ed. Bowring:

BENTHAM, J. (2010) *Supply Without Burthen: Or Escheat Vice Taxation*. Gale Ecco, London Print Editions.

BERNAL PULIDO C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

BERNAL CANO N. *Los Efectos de las Decisiones de los Tribunales en Francia y en Colombia*. Bogota: Universidad de la Sabana.

BOBBIO, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogota: Editorial Temis

BOBBIO, N. (2003) *Teoría General de la Política*. Madrid: Editorial Trotta

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G. (2005) *Diccionario de Política*. México D.F. Siglo XXI editores.

BOCKENFORDE, ERNST WOLFGANG. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Edit. TROTTA, 2000.

BORGES, J. (1968). El idioma analítico de John Wilkins, en *Otras inquisiciones*. Obras Completas, VII. Buenos Aires, Editorial Emecé.

BOTERO, C. & JARAMILLO J, (2005). *Conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*, Foro Constitucional Iberoamericano.

BRAVERIS, M. (1970). *Philosophie du droit*, Università di Trieste.

BRYCE, J. (1988) *Constituciones flexibles y rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CADAVID, Á.; AMEZQUITA, A.; DUARTE, T.; GALVEZ, L.; HERNANDEZ, Héctor-León; PINZON, Luis Carlos; PUENTES, Juan Pablo; SUAREZ, Camila y DELGADO, Natalia. *La acción pública de inconstitucionalidad como recurso de casación*. Semillero de Investigación en Derechos Humanos del mismo Grupo de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad

del Rosario, ponencia presentada en abril de 2011 en el encuentro regional de la Red Socio-Jurídica, realizado en la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. 2011.

CARBONELL M. (2001) *Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luís Prieto Sanchis*. México: Editorial Fontamara.

CARBONELL, M. & ZAGREBELSKY G. (2008) *Juez Constitucional, Estudios Constitucionales*. México IJ-UNAM, (Año6, No 2), pp 561-565.

CARBONELL M. *Teoría del NeoConstitucionalismo, ensayos escogidos*, editorial Trotta e Instituto de investigaciones jurídicas UNAN 2007. Madrid, entre otros Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos, elementos de crítica del nuevo Constitucionalismo”, y Luis PRIETO SANCHIS. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. 2007.

CARRE DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998

CASTAÑO ZULUAGA, L., (2007) *En defensa de la justicia constitucional*. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín (volumen 6 numero 12, julio -diciembre; p. 61-81).

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política Colombiana de 1991.

DONAYRE MONTESINOS, C. (2006) El juez constitucional frente a los actos políticos, propósito de la interdicción de la arbitrariedad y la vigencia del derecho al debido proceso en sede parlamentaria, ponencia del II Congreso de Derecho Administrativo Contemporáneo el 27, 28, 29 de abril del 2006 en Lima. pág. 526

DONGLIANI, Mario. "Potere constituent e revision nella lotta per la costituzione", en II futuro della costituzione, Gustavo ZAGREBELSKY, Pier Paolo PORTINARO y Jorg LUTHER (comps), Torino, Einaudi, 1996

GOMES CANOTILHO, J.J. Constituição dirigente e vinculação do legislador, Coimbra, 1982.

DRAGO, G. (2006) Contentieux constitutionnel français. Thémis droit, 2e édition. .

EISENMAN, C. (1986). La justicia constitucional y el alta corte constitucional austriaca. Paris: Económica.

ESCUADERO, E. (2009) La argumentación: cómo crear buenos argumentos y cómo detectar falacias. Bayamón: Universidad interamericana de Puerto Rico.

FALCONY, T. (1994) Concepto y fundamento de la validez del derecho. Ma-

drid, Universidad Complutense de Madrid.

FAVOREAU, L. y JOLOWICZ, J. (1986) Le controle juridictionnel des lois. Reporte regional America Latina. Por Jorge Carpizo y Hector Fix Zamudio, Universites d'Áix Marseille. Paris: Ed, Economica..

FAVOREAU, L. (1990) El bloque de constitucionalidad, Revista del centro de Estudios Constitucionales, enero-abril de 1990. Paris.

FAVOREAU, Louis. Los Tribunales Constitucionales, Editorial Ariel, Barcelona 1994, p. 13.

FAVOREAU, L. (1996) La constitutionnalisation du Droit. Paris: Économica.

FAVOREAU, L. y PHILIP L. (2003) "Les grands arrêts du Conseil Constitutionnel". Paris: Dalloz.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco «fetiche de la ley, separación de poderes y gobierno de los jueces». tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958) estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, 2009.

FETERIS, E. (2007) Fundamentos de la Argumentación Jurídica "Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales", Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

FERRAJOLI, L. (1995) Derecho y razón. Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, L. (2001) Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta. Madrid: Trotta.

FOUCAULT, M. (2008) El origen del discurso. Editorial Tusquest.

FRANCIA. Asamblea Nacional Constituyente francesa, 26 de agosto 1789 Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano. 1789.

FRANCIA. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la quinta República francesa y Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano. 1946.

FRANCIA. Asamblea Nacional Constituyente, Francia, Constitución de la quinta República francesa del 4 de octubre de 1958. 1958

FRANCIA, Asamblea Nacional Constituyente, trabajos preparatorios de la Constitución, Travaux préparatoires de la Constitution, Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel, Doc. Fr., 1960.

FRANCIA, Presidencia de la República, Ordenanza del 7 de noviembre de 1958 [HYPERLINK "http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPFAF.htm"](http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PPFAF.htm), ley orgánica sobre el Consejo Constitucional, recuperado el 20 de

marzo del 2007.

FROMONT, M. (1996) La justice constitutionnelle dans le monde. Paris: Dalloz.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1985) La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1995) La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Ed. Alianza. Universidad.

GIMENO, M. (2001) Interpretación y Derecho. Serie de teoría Jurídica y filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. (Nº 21)

GUGLIELMI, G. (2008) La non constitution française, Extraído de <http://www.guglielmi.fr/spip.php?article141> el 15 de noviembre 2008.

HABERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciencia de la cultura, Madrid, Edit. Tecnos, 2000

HABERMAS, Facticidad y validez, Sobre el Derecho y el Estado Democrático en Derecho en términos de teoría del discurso, trad. M. Jiménez, segunda Ed, Madrid, Trotta, 200, pp 337-

HAMILTON, A. (1988) Le Federaliste, Paris: Económica,

HART, H. (1983) Positivism and the separation of law and morals. Oxford. Oxford Clarendon Press..

HAURIUO, Maurice. Derecho constitucional e instituciones políticas, Barcelona, Edit. Ariel, 1971.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado, México, Fondo de Cultura Económica, 1998,

HIGUERA JIMÉNEZ, D. (2009-A) El ejercicio del órgano de control de constitucionalidad en Francia y en Colombia. Revista Principia Iuris 11. Pág. 130, Art. No 9. Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja. Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas. Tunja. 2009

HIGUERA JIMÉNEZ, D (2009-B) Estudio integrado de la legitimidad en la corte constitucional colombiana, en Revista Principia Iuris 12, Tunja. Pág. 91, Art. No 6. Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja. Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas. Tunja.2009

HIGUERA JIMÉNEZ, D (2010) La Argumentación Jurídica en la Reforma Constitucional respecto del autoconsumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en Colombia, en Revista Principia Iuris 13, Tunja. Pág. 185, Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja. Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas. Tunja.2010

HOBBS, Thomas. De Cive, De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano (1642) cap. X 137-138. Alianza Editorial. Madrid. 2000.

HOBBS, T. (1992) A Dialogue between a philosopher and a student of the common law of England (1681) [trad. Cast.de M.A. Rodilla, Dialogo entre un filosofo y un jurista y escritos autobiográficos. Madrid : Tecnos,

HOHNFELD W. N. (2001) Conceptos jurídicos fundamentales, 5a. Ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política dirigida por Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México).

HOMERO, (2008) 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.

JACQUE, J. (2003) Droit constitutionnel et institutions politiques. Paris: Mémentos.

JEZE, G. (1924) Le contrôle juridictionnel des lois. Revue du droit public. p. 399-420.

KELSEN, H. (1962) Teoría pura del derecho. Paris: Dalloz.

KELSEN, H. (1995) ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Madrid: Tecnos.

KLUMG, U. (1990) Lógica jurídica. Prologo a la cuarta edición, alemana de 1982. Bogotá. Editorial Temis.

LAMBERT,É. (2005) *Legouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris. Editions Dalloz.

LASSALLÉ, F. (2005) ¿Qué es una Constitución? Bogotá: Temis.

LÓPEZ GUERRA, L. (1997) *Modelos de gobierno de los jueces, EN: parlamento y constitución*. Anuario Cortes De Castilla-La Mancha. Universidad De Castilla-La Mancha.

LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso *Le juge constitutionnel colombien, législateur -cadre positif: un gouvernement des juges, El juez constitucional colombiano, legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?, Opinión jurídica.vol.9 no.18 Med. 2010.*

LÓPEZ DAZA, G. (2011) *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? Cuestiones Constitucionales*. Universidad Nacional Autónoma de México (núm. 24, enero-junio, pp. 169-193)

LÓPEZ DAZA, G. (2010) *Le juge constitutionnel colombien, législateur -cadre positif: un gouvernement des juges, El juez constitucional colombiano, legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? Revista Opinión jurídica. (vol.9 no.18)*

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Modelos de go-*

bierno de los jueces, EN: parlamento y constitución. Anuario Cortes De Castilla-La Mancha • Universidad De Castilla-La Mancha. 1997.

LÓPEZ, M. *Gobierno de los jueces*. Columna de Opinión, tomado de: http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/otroscolumnistas/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9671777.html a las, 7:47 p.m. |.

LÓPEZ MEDINA, D. (2000) *El Derecho de los Jueces*. Primera edición; Bogota: editorial Legis.

LÓPEZ, D. (2002) *Manual de Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

LÓPEZ, D. (2006) *El derecho de los jueces*. Segunda edición, Bogota: Editorial Legis.

LOEWENSTEIN, K. (1970) *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.

LUCHAIRE, F. (1997) *Le Conseil constitutionnel tome I*. Paris: Económica, 2e édition.

LUCHAIRE, F. (1997). *Le Conseil constitutionnel tome II*. Paris: Económica, 2e édition. 1997.

LUCHAIRE, F. (1997). *Le Conseil constitutionnel tome III*” Paris: Económica, 2e édition.

- LUCHAIRE, F. (1997). Le Conseil constitutionnel tome IV. Paris. Economica.
- MACCORMICK, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1978.
- MENY YVES, Pilitiquecomparee, Les democraciesAllemagne, Etas Unis, France, Grande Bretagne, Italie. Montchrestien, 5 eme Edition, parís, 1996
- MONTESQUIEU. (1977) El espíritu de las leyes. México; Editorial Porrúa S.A.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondât. El espíritu de las leyes. Bogota: Tecnos.
- MORTATI, Constantino. La constitución en sentido material, Madrid, Centro de Estudio constitucionales, 2000
- NEGRI, A. (1992) El poder constituyente. Mexico: Editorial Libertarias-Prodhufi,
- OLANO GARCIA, H. (2005) El bloque de constitucionalidad en Colombia. Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile.
- OST, F. (1987) Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique, en «Droit etPouvoir», T.1. Bruxelles, Story- Scientia.
- PALACIOS PRECIADO, J. (1991) Diego de Torres y Alonso de Silva: dos caiques mestizos luchan por la justicia social en el siglo XVI. Bogotá, en Revista Credencial Historia. Edición 14 Febrero de 1991.
- PIERRE-CAPS, S. y CONSTANTINESCO, V. (2006) Droit constitutionnel. Thémis droit.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1997) Constitucionalismo y Positivismo. Mexico: Fontamara.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. (2008) Derecho Constitucional. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- RAMÍREZ CLEVES, G. (2003). Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- RAMÍREZ CLEVES, G. (2005) Límites de la reforma constitucional en Colombia: El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, C. (1997) “Los derechos de los muertos. De la Antígona de Sófocles a la Baader-Meinh of Bande en Stuttgart”. Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia (Diciembre de 1997, n.º 3,)
- REQUEJO PAGES, Juan Luis. Jurisdicción e independencia judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987

ROMANO, Santi. "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione", en *principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945

ROSS, Alf "Sobre la Auto referencia y un difícil problema de derecho constitucional", en *El Concepto de Validez y otros ensayos*, México, Edit. Fontamara, 1991

ROUSSEAU, D. (2006) *Droit contentieux constitutionnel*. Paris. Montchrestien.

ROUSSEAU, J.J. (1990) *El contrato social*. Madrid: Alianza Editorial.

ROUSSILLON, H. (2001) *Le conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz.

RODRIGUEZ GAONA, R. (2006) *El control de Constitucionalidad de la Reforma a la Constitución*. Dickinson, Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolme de la Casas, Fundacion Del Monte.

SÁCHICA, L. (1988) *El control de constitucionalidad*. Bogotá Editorial Temis S.A

SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2003) *Tratado de Derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho administrativo*. Tomo I, Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SCHMITT, C. (1996) *La teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

SCHMITT, C. (1983) *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

SCHREIBER, R. (1999) *Lógica del Derecho*. Biblioteca de Ética, Filosofía y Política. México: Ediciones Fontanaroma.

SEILER, D. (1982) *Les partis politiques en Europe*, Paris: Presses universitaires de France.

SEILER, D. (2003) *La comparaison et les partis politiques*. IEPBordeaux,

SIEYES, Emmanuel. *QUE ES EL TERCER ESTADO?*, Madrid, Alianza Editorial, 1994

SMEND, Rudolf *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985

SUMMERS, Robert S. "Comments on 'The Foundation of Legal Reasoning'" en *Metatheorie Juristischer Argumentation* (ed. de Krawietz, Werner y Alexy, Robert), Berlín, Duncker-Humblot, 1983.

TARAPÚES SANDINO, D. (2007) *El Tribunal Constitucional como Poder Autónomo en el Sistema Político Colombiano*. *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali (julio 10 2007 pág. 169 -179)

TERRY M. (1985) *Hermenéutica*. Barcelona; Editorial CLIE.

TOBO RODRÍGUEZ, J. (2004) *La corte constitucional y el control constitucionalidad*. Colombia: Tercera Edición 2004 Unidad Tercera Capítulo I.

TOBO, J. (2006) *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogota: Editorial Ibáñez. UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court Of The United States, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)

UPRIMNY, R. y GARCÍA M. (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_publicación=7&id_publicacion=7&id_publicacion=75. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-DeJusticia,

UPRIMNY, R. (2006) *Hay que mantener la tutela contra sentencias*, tomado de Internet el 05 de mayo de 2006, a las 15:30 de http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=7&id_publicacion=72. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-DeJusticia. UPRIMNY, R. (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

caucion=72 Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad-DeJusticia.

VEDEL, Georges, “Préface” a la obra de BATAILLER, Francine, *Le Conseil d’État juge constitutionnel*, Pichon & Durand-Auzias, Paris. 1966 cit., nota 24, p. V.

DE VERGOTTINI, G. (1985) “Derecho Constitucional Comparado”. Madrid: Espasa-Calpe.

WEBER, M. (2008) *El político y el científico*. Traducción de Martha Johanssen Rojas. Mexico: Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

WEYR F., « La doctrine de M. Adolphe Merkl », *Rev. int. de théorie du Droit*, 1926, n° 28 (1-2), p. 215 et sp. 219.

YOUNES, D. (2006) *Derecho Constitucional Colombiano* (8 ed.). Universidad Sergio Arboleda. Bogota: Editorial Ibáñez.

ZARINI, H. (1992) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea

ZULETA, E. (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_elogia_de_la_dificultad.php.

WALDRON, J. (2005) *Derechos y Desacuerdos*. Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Esta revista se terminó de imprimir en
Diciembre de 2011
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ



Principia IURIS

Contenido

16

EDITORIAL.....	15	El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho.....	233
SECCIÓN I.		SECCIÓN II.	
ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA		TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
El por qué de los semilleros.....	19	La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político.....	289
<i>Dr. Jairo Parra Quijano</i>		<i>Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez</i>	
Carlos Arturo Torres E Idola Fori.....	27	Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.....	307
<i>Mg. Carlos Gabriel Salazar</i>		<i>Esp. José Leonardo Suarez</i>	
La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.....	39	La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano.....	331
<i>Mg. Fernando Arias García</i>		<i>Esp. Gustavo Aguilera B.</i>	
La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativo.....	61	Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías.....	377
<i>Mg. Fernando Badillo Abril</i>		<i>Lt. Vanesa S. Alfaro</i>	
Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento.....	83	SECCIÓN III.	
<i>Mg. José Helvert Ramos Nocua</i>		TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	
Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano.....	121	Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad.....	397
<i>Esp. Rubén Darío Serna Salazar</i>		<i>Lic. Genaro Velarde Bernal</i>	
Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción.....	143	La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán.....	413
<i>Ph.D Yolanda M. Guerra García</i>		<i>Mg. Eyder Bolívar Mojica</i>	
Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia.....	167		
<i>Esp. Mario Alfonso Villate Barrera</i>			
El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales.....	189		
<i>Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa</i>			



0124-2067