

Principia IURIS

17



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

Experiencia y Calidad



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MRE 44' 3504
del 25 sept de 2011

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 17

pp. 01 - 424

enero
julio

2012

ISSN: 0124-2067

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

CATEGORÍA COLCIENCIAS 

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 17**

Tunja, 2012 – I

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 17	pp. 1-424	Enero Julio	2012 - I	ISSN:0124- 2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	----------	--------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DIECISIETE (17)

PRIMER SEMESTRE DE 2012

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

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

Teléfono : (8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la Facultad de Derecho

Revisión inglés:

Ángela Marcela Robayo Gil

Revisión francés :

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

Estudiante participante:

Juan Sebastián Hernández Yunis

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.

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.

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 presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, 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 de acuerdo al 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.
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 a 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.
11. El proceso de edición Principia Iuris 17 posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe

establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.
Rector Seccional

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

Fray José Bernardo Vallejo Molina, 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 París 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 Buenos Aires, Argentina.

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.

Ph.D. (c) Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

Ph.D. (c) 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 Investigador de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Mg. 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.

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

Mg. Fernando Arias García

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.

Filosofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho público Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

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. (c) Martin Hernández Sánchez

Abogado, Mg.(c) en Derecho. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Dominic Têtu

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

Mg. Deiby A. Sáenz Rodríguez

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Manual De Procedimientos Para El Tribunal Administrativo De Boyacá, Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404

Mg. (c) Lina Marcela Moreno Mesa

Abogada, Universidad Santo Tomás –Tunja; Esp. En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Mg © En Derecho administrativo, Universidad Santo Tomás –Tunja; Abogada externa Banco Agrario. Lina_3m@hotmail.com.

Esp. Genaro Velarde Bernal

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. en Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. en Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. de la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

PRESENTACIÓN

La importancia de la investigación con relación a la sociedad, es ayudar a resolver problemas en la actualidad se plantea el surgimiento de un nuevo modelo educativo como lo es la sociedad del saber, en la cual la creación de conocimientos nuevos es una de las fuentes de riqueza y del bienestar social. El conocimiento es una característica central de las sociedades actuales, y tiene implicaciones sobre la educación, ya que ese es socialmente útil solo si se comparte. La investigación nos ayuda a mejorar el estudio porque nos permite establecer contacto con la realidad a fin de que la conozcamos mejor. Constituye un estímulo para la actividad intelectual creadora y ayuda a desarrollar una curiosidad creciente acerca de la solución de problemas.

La academia no debe ser simplemente una forma de transmitir el conocimiento, sino que en ella a través de la investigación, se debe avanzar en el desarrollo del intelecto del ser humano para obtener un verdadero aporte a la solución de problemáticas de la sociedad; todos aquellos que hacen parte de la sociedad deben cumplir con una función activa dentro de ella a través de la investigación ya que con ello plantea cumplir con una parte del continuo esfuerzo del proyecto humanista que encierra tres aspectos relacionados entre si: La investigación y la producción de conocimiento; la enseñanza y el aprendizaje y finalmente, la extensión y la proyección social.

La Revista **PRINCIPIA IURIS** de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, es un espacio en el cual se presentan los resultados de investigaciones terminadas, realizadas tanto por docentes de la Universidad, como investigadores provenientes de otras partes del país y del mundo, por lo cual la revista se convierte en un espacio para debatir y compartir el conocimiento con sus semejantes.

Es para mi un honor presentar en esta oportunidad a la comunidad académica y jurídica, la versión número diez y siete de esta prestigiosa Revista en la cual se recopilan los trabajos aportados por aplicados estudiosos en un esfuerzo por fortalecer la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico, contribuyendo de esta manera a la solución de los problemas que afectan la sociedad.

Quiero resaltar en esta ocasión el gran compromiso de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, la Facultad de Derecho, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, de docentes e investigadores externos y de todos aquellos que aunando esfuerzos han permitido que esta revista se encuentre indexada, lo cual garantiza una alta calidad en el contenido que en esta se expone.

Gracias!!!

Mg. (c) Juan Sebastian Hernández Yunis

CONTENIDO

EDITORIAL.....17

PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.

APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES

JUSTAS..... 20

Antropólogo Ricardo Gómez

ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA..... 32

Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

EL CONTRATO DE CONSUMO: NOTAS CARACTERÍSTICAS..... 62

Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA..... 117

Mg. Carlos Gabriel Salazar

VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* 129

Mg. Fernando Arias García

ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA..... 148 Ph.

D. Manuel Alberto Restrepo Medina

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* 157

Abog. Fernando Tovar Uricoechea

DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO..... 174

Lic. María Rubiela Sáenz Medina

DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... 189

Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

PARTE II. TEMA CENTRAL –RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA

CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO
CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991..... 201

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA
PROCESAL PENAL EN COLOMBIA..... 229

Ph. D. Alfonso Daza González

LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO
DE LA OMC..... 244

Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO
DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS
CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ.... 260

Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN
COLOMBIA..... 279

Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas

Ph.D Yolanda M. Guerra García

EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS..... 292

Esp. Olivia Aristhitza Gutiérrez Cadena

PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL
DERECHO INTERNACIONAL..... 330

Ph. D. Natalia Barbero

LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL
CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO..... 356

Mg. Eyder Bolívar Mojica

EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE
VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND..... 369

Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES
CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE
1979..... 382

Esp. José Luis Suarez Parra

LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS.....403
Ph. D. Jorge Jiménez Leube

EDITORIAL

No existirá que hable mal de su misma publicación, existe una suerte orguyo paternal al momento de presentar un trabajo academico, largas horas han sido invetidas en el desarrollo de una revista, evaluaciones academicas, comités editoriales, correcciones de estilo, ent otras, son las etapas propias de un trabajo de calidad, pero no nos referimos unicamente al esfuerzo tangible en actas y archivos, mas importante aun es el esfuerzo intelectual de los profesionales que integran la Principia Iuris, el rigor del estudio y la capacidad critica son propias de estos profesionales, son un opoyo del derecho sin riesgo paternalista alguno.

Como resultados de la investigación general se tubieron en cuenta los siguientes temas que se desarrollaran en cada capitulo claramente haciendo de cada uno un pequeño analisis en forma de articulo dando a entender a los lectores el significado de cada tema que acontinuacion se nombraran en conjunto para saber de que se va hablar en la revista Principio Iuris, como primer tema a tratar es el de las APROXIMACIONES A LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA: CONSTRUYENDO SOCIEDADES JUSTAS del Antropologo Ricardo Gómez, seguimos con el desarrollo del ANÁLISIS DE LA LEY 1480 DE 2011 QUE REFORMA EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA del Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.pasamos analizar EL CONTRATO DE CONSUMO: Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio, posteriormente lo referente a los PIONEROS DEL REALISMO JURÍDICO METAFÍSICO EN COLOMBIA del Mg. Carlos Gabriel Salazar, se evidencia dentro de la investigación el VALOR VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO: *¿UNA ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* del Mg. Fernando Arias García, despues el ACTO ADMINISTRATIVO, RECURSOS Y REVOCACIÓN DIRECTA del Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina, seguimos con LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: *¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?* Del Abog. Fernando Tovar Uricoechea, proseguimos con el DERECHO A LA EDUCACIÓN - EDUCACIÓN EN DERECHO de la Lic. María Rubiela Sáenz Medina y terminamos la primera parte con un tema de suma importancia como es el DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS de la Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

Para dar inicio a la segunda parte de los resultados de investigaciones: problemáticas en convergencias traemos a colacion varios temas escritos por varios docentes expertos en la materia para dar un breve resumen de cada tema dando inicio en primer lugar al articulo EL PODER CONSTITUYENTE “EXTRAORDINARIO” COMO DISPOSITIVO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. IMPLICACIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE –ANC- EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NOCIÓN DE *MODELO CONSTITUCIONAL* INTRODUCIDO CON LA CARTA POLÍTICA DE 1991 del Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño, seguimos con los PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN PROBATORIO EN EL MARCO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA del Ph. D. Alfonso Daza González, dando paso a la LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO DE SERVICIOS FINANCIEROS EN EL MARCO DE LA OMC de la Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno, luego la IMPLEMENTACIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE SEGURIDAD EN EL CERTIFICADO DE CÓMPUTOS EXPEDIDO A LOS INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y PENITENCIARIOS DE BOGOTÁ de Tec. Oscar Javier Hernández Uribe, posteriormente a la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN COLOMBIA de los Ph.D. Álvaro Márquez Cárdenas, Ph.D Yolanda M. Guerra García y terminamos con un articulo de la actualidad como es, EXISTE SOLIDARIDAD EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS de la Esp. Olivia Aristhitza Gutiérrez Cadena

Finalizamos con una tercera parte de las TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS. Donde se relacionan varios temas que se traen en conjunto, para brindar a cada lector una síntesis de cada tema e informarse de forma más rápida de lo que se vive y pasa en la actualidad como es: LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER Y LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL de la Ph. D. Natalia Barbero, también LA ACCIÓN HUMANITARIA COMO COOPERACIÓN AL DESARROLLO, EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO del Mg. Eyder Bolívar Mojica, siguiendo con EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA - DIE VERFASSUNGSBESCHWERDE IN DEUTSCHLAND del Ph.D (c) John Jairo Morales Alzate, posteriormente con la PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS JUDICIALES CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1979 del Esp. José Luis Suarez Parra y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PRETENSIONES MOTIVOS Y ARGUMENTOS del Ph. D. Jorge Jiménez Leube.

En este orden de días es importante que la investigación se tiene que justificar, en cuanto a la función sustantiva de la universidad, donde compone el proceso de enseñanza y aprendizaje social, involucrando variedad de competencias, las cuales se desarrollan, con un alto nivel de perfección demostrando que el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, una vez culminada la etapa del perfeccionamiento de un proyecto, como deducción del dominio de un área y la capacidad de tratar un tema con rigidez.

Por otro lado la *PRINCIPIA IURIS* es una herramienta excelente donde obtenemos proyectos claros y sistematizados evidenciando un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, dando como resultado un gran aporte a la comunidad, que goza de un sistema jurídico destinado a prosperar, donde dicho aporte de los procesos nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación diaria, siendo el principal motor de nuestros proyectos y líneas

Y por supuesto...

Gracias totales!

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

LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN: ¿UN CASO DE MUTACIÓN CONSTITUCIONAL?

Abog. Fernando Tovar Uricoechea *

Fecha de entrega : 14 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 30 de mayo de 2012

RESUMEN**

En el presente artículo se observarán los conceptos generales de interpretación jurídica, mutación constitucional y sustitución constitucional, esto con la finalidad de establecer si la teoría de la sustitución, propuesta por la Corte Constitucional colombiana en el año 2003 con la sentencia C-551 de 2003, se incurre en una mutación de la Constitución, a su vez el lector podrá observar que tan válida podría ser la aplicación del concepto de mutación en el ordenamiento colombiano. Asimismo del presente artículo se destacan las referencias jurisprudenciales en las cuales se observa la forma en que la Corte ha propuesto diferentes métodos para determinar la ocurrencia del fenómeno de sustitución constitucional.

PALABRAS CLAVE

Interpretación, sustitución constitucional, mutación constitucional, realidad constitucional, vicios competenciales.

SUMMARY

In this article we will observe the general concepts of legal interpretation, constitutional constitutional mutation and substitution, this in order to establish whether the substitution theory, proposed by the Colombian Constitutional Court in 2003 with the judgment C-551 of 2003, incurred a mutation of the Constitution, in turn, the reader can see that as valid could be the application of the concept of mutation in the Colombian legal system. This article also highlights references to case law in which we observe the way the Court has proposed different methods to determine the occurrence of the phenomenon of constitutional replacement.

KEYWORDS

* Abogado Alcaldía Mayor de Tunja Boyacá. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, investigador adscrito al Semillero de Investigación en Estudios de Jurisprudencia Constitucional.

AE

** Artículos de orden reflexivo el cual es una Producción original e inédita.

El método usado en este estudio es de carácter documental con base a los predicados de la ley y la doctrina existente para de esta forma desarrollar un texto con finalidad reflexiva, basado en fuentes directas y originales.

Interpretation, replacing constitutional constitutional mutation, actually constitutional jurisdictional defects.

RÉSUMÉ

Dans cet article, nous allons observer les concepts généraux d'interprétation juridique, constitutionnel mutation constitutionnelle et la substitution, ceci afin d'établir si la théorie de la substitution, proposé par la Cour constitutionnelle colombienne en 2003 avec l'arrêt C-551 de 2003, a subi une mutation de la Constitution, à son tour, le lecteur peut voir que la validité pourrait être l'application de la notion de mutation dans le système juridique colombien. Cet article met en évidence également des références à la jurisprudence où l'on observe la manière dont la Cour a proposé différentes méthodes pour déterminer l'apparition du phénomène de remplacement constitutionnel.

MOTS-CLÉS

Interprétation, en remplacement de mutation constitutionnelle constitutionnel, la Constitution fait défaut de compétence.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

1. INTRODUCCIÓN

Fue a través de la sentencia C-551 de 2003, que la Corte Constitucional trazó un nuevo camino en cuanto al control de constitucionalidad sobre los actos reformativos de la Ley Fundamental colombiana. Procedió entonces en aquel histórico fallo a distinguir entre la potestad de reformar y la de reemplazar elementos esenciales de la Carta Política, en efecto nos referimos a la Teoría de la Sustitución de la Constitución.

Dicha teoría, ha tenido una creciente evolución jurisprudencial durante un lapso aproximado de 10 años, por esta razón vale la pena estudiar sus aspectos más importantes para así establecer su validez y del mismo modo establecer si se trata de un caso de mutación constitucional.

Para entender de una mejor manera este trabajo, debemos dilucidar la noción que tenemos sobre sustitución constitucional, la cual podemos definir como *“aquel fenómeno por el cual un órgano facultado para reformar subvierte o reemplaza elementos definitorios de la Constitución excediendo su competencia so pretexto de enmendar la Constitución.”*¹

Con base en lo anterior, procederemos a determinar si el surgimiento de la teoría de la sustitución constituye un caso de mutación constitucional, teniendo en cuenta aquella noción del tema que propone que la mutación *“se presenta cuando hay una modificación a la Carta Política sin que se altere el tenor literal de la Constitución”*

¹ Cfr. Sentencia C-551 de 2003

(LÓPEZ, 2003), o se trata simplemente de una construcción interpretativa que se ajusta al campo de acción señalado por el constituyente de 1991.

2. JUSTIFICACIÓN

El presente escrito encuentra su justificación, en la necesidad de establecer con claridad si la doctrina de la sustitución constitucional en verdad surge de la interpretación de la Constitución o por el contrario resulta ser una figura emanada de criterios contrarios a los que el constituyente cimentó en la elaboración de la Carta Política de 1991.

Debemos tener en cuenta que el artículo 241 y sus numerales 1 y 2 señalan las competencias de la Corte Constitucional en cuanto al estudio y decisión sobre demandas de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la Constitución, así como la potestad de decidir con anterioridad al pronunciamiento popular de los referendos convocados para reformar la Carta Política. Esta competencia estipulada en el entramado constitucional es limitada a la observación de los vicios de procedimiento por parte del Alto Tribunal en sus fallos.

No obstante lo anterior, la Corte a través de la sentencia C-551 de 2003, propuso que los vicios de competencia tienen carácter sustancial como procedimental, razón ésta por la cual el Alto Tribunal se arrogó la competencia para determinar si los órganos reformativos se ajustan a su potestad de enmendar la Carta, o por el contrario terminan sustituyéndola y por ende excediendo dicha potestad, so pretexto de reformar la Constitución.

La teoría de la sustitución constitucional ha trascendido en la jurisprudencia de la Corte en diferentes fallos, de tal manera que su concepción metodológica y doctrinaria ha tenido una vasta evolución, dejando entrever un gran nivel de argumentación jurídica. Por esta razón y a pesar de la erudición en las sentencias de sustitución constitucional, se hace necesario determinar si el Alto Tribunal ha mutado la Carta Política de los colombianos, o por el contrario su proceder se ha circunscrito únicamente a un ejercicio interpretativo.

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo General

Establecer la relación entre la teoría de la mutación constitucional y la teoría de la sustitución.

3.2. Objetivos Específicos

Establecer los elementos doctrinarios y clasificación de la teoría de la mutación constitucional.

Establecer los elementos doctrinarios del concepto de sustitución constitucional.

Establecer si la teoría de la sustitución constitucional se puede entender como un fenómeno de mutación de la Carta Política, así como si la aplicación del concepto de mutación constitucional es válida en el ordenamiento colombiano.

4. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente trabajo, el problema jurídico gira en torno a determinar si la teoría de los vicios de competencia (teoría de la sustitución) aplicada a enmiendas constitucionales, bien sea por vía de referendo o mediante procedimiento legislativo; resulta ser algún tipo de mutación constitucional o simplemente se trata de un ejercicio interpretativo adyacente a las facultades que le han sido conferidas a la Corte Constitucional colombiana.

5. HIPÓTESIS

En primer lugar, debemos tener en cuenta el artículo 241 y sus numerales 1 y 2, que señalan lo siguiente: *“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

- 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
- 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.”*

De lo anterior nos queda que es la Corte Constitucional el órgano encargado de velar por la supremacía e integridad de nuestra Carta Política, en desarrollo del principio de supremacía constitucional, sin el cual no podría entenderse la existencia desde el punto de vista material de una Constitución Política.

No obstante, la norma anteriormente citada impone un claro límite a la Corporación Constitucional, el cual consiste en que ejerza su función de guarda de la Carta Política en los *“estrictos y precisos términos”* del artículo 241.

Aun así, con la sentencia C-551 de 2003, una nueva concepción de “vicios de procedimiento” fue propuesta por la Corte que al respecto señaló: *“(…) un vicio de competencia se proyecta tanto sobre el contenido material de la disposición controlada, como sobre el trámite, pues es un pilar básico de ambos, ya que para que un acto jurídico expedido por una autoridad pública sea regular y válido es necesario que la autoridad realice el trámite señalado por el ordenamiento, pero que además esté facultada para dictar ciertos contenidos normativos. Esto significa entonces que el procedimiento de formación de un acto jurídico puede estar viciado porque el órgano que lo establece, no podía hacerlo, esto es, carecía de la facultad de expedir ese contenido normativo. (...) la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al*

*trámite se refiere, haya sido impecable. En tales circunstancias, no tendría sentido que la Constitución atribuyera a la Corte el control de los vicios de procedimiento de las reformas constitucionales, pero la excluyera de verificar si los órganos que adelantaron esa reforma tenían o no competencia para hacerlo (...)*²

De esta manera, al concebir la competencia como un factor dual que se observa tanto en sentido material como formal, la Corte Constitucional reinterpretó su facultad de decidir sobre los vicios de procedimiento en la formación de actos legislativos y leyes convocatorias de referendos para reformar la Carta Política, concluyendo que dicha facultad implica también la función de estudiar si los órganos reformadores están actuando dentro de la competencia que les ha sido asignada por la Constitución.

De otro lado, una aproximación al concepto de mutación constitucional, como la citada en el acápite introductorio del presente trabajo, nos señala en otras palabras que la mutación constitucional es “aquel fenómeno por el cual una Constitución es modificada sin alterar su tenor literal”.

Así las cosas, teniendo en cuenta las premisas señaladas en este acápite, podemos afirmar preliminarmente que la teoría de la sustitución de la Constitución no se trata de un fenómeno de mutación constitucional, toda vez que el tenor literal del artículo 241 y sus numerales 1 y 2 no es modificado de facto, pues conserva su esencia y la Corte lo interpreta dentro de su función de guardiana de la Constitución, atendiendo el principio de supremacía de la misma.

6. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El desarrollo de esta investigación es analítico – descriptiva. Se realiza con base en los conceptos fundamentales de mutación constitucional, sustitución constitucional e interpretación jurídica que conllevan a proponer la hipótesis expuesta. Una vez desglosados dichos conceptos se podrá formular las conclusiones del caso, para así establecer la validez de la hipótesis formulada.

II. DESARROLLO DEL TRABAJO

1. NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la acción de interpretar como “*Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto.*” Ahora, extrapolando esta definición a un ámbito jurídico, podríamos tomar aquel concepto que señala que la interpretación jurídica es “*el proceso o el resultado de la determinación del sentido de las normas jurídicas o de sus elementos*” WRÓBLEWSKI, 1988, p. 199.

² Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett., consideraciones 21 y 22.

De esta manera, es factible afirmar que la interpretación jurídica implica un procedimiento racional para entender y explicar el sentido de una norma, especialmente cuando su contenido no es claro, siendo la claridad un factor relativo como suele suceder en el mundo del derecho.

Por otro lado, de la interpretación jurídica puede predicarse una función modificadora en cuanto a la aplicación de una norma, función que se justifica por los constantes cambios sociales que obligan a que el ordenamiento deba adaptarse a ellos; no se trata de una potestad creadora, pues en este caso el intérprete natural del derecho, es decir el juez estaría usurpando la labor del legislador o en tal caso del constituyente. Aún así vale la pena aclarar que ésta época contemporánea, el papel del juez ha adquirido mayor relevancia, en especial en lo que tienen que ver con la jurisdicción constitucional, su labor no se reduce a la obligación de subsumir prescripciones jurídicas como operador judicial, sino que ejerce activamente la función de interpretar a través de diferentes criterios metodológicos.

Históricamente se han distinguido cuatro criterios de interpretación como son: el criterio literal o gramatical, el criterio lógico, el criterio histórico y el criterio sistemático. SAVIGNY, p. 187.

Criterio literal o gramatical: Este criterio se ocupa *“de captar el sentido lingüístico de la norma como primer paso para su interpretación”*, es decir que en primera medida para una correcta interpretación, debemos acudir en estricto sentido al contenido literal de la norma jurídica. Bajo este criterio el hermeneuta jurídico se encarga de expresar en otros términos, bien sea a través de una sentencia, un acto administrativo o un concepto, etc.; el sentido de la norma. Finalmente el objeto de este criterio no es el de producir una variación del texto interpretado, sino lograr un texto que pueda ser mejor entendido que el texto original. UPRIMNY, 2008, p. 242.

Criterio lógico: Con este criterio se descompone el contenido de la norma, de tal manera que lo que se busca es establecer las relaciones lógicas entre sus partes, UPRIMNY, (2008, p. 245), para así poder entender la correcta aplicación del enunciado jurídico.

Criterio histórico: Consiste en observar los antecedentes históricos de las normas utilizadas, teniendo en cuenta los diferentes matices que han sido utilizadas con anterioridad. En palabras de SAVIGNY, p. 83, este criterio tiene por objeto *“la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley”*. Esto significa que se deben observar las circunstancias que rodearon la norma al momento de su creación. En concomitancia, podemos afirmar que este criterio está encaminado a establecer el objeto propuesto por el legislador al momento de elaborar su creación.

Criterio sistemático: Con este criterio se busca establecer la relación existente entre la norma a interpretar con otras normas que contengan principios y valores similares, tomando como base el hecho de que todas estas reglas hacen parte de un sistema normativo unitario que en sí persigue los mismos fines, en otras palabras se

trata de armonizar la norma a interpretar con el sistema jurídico. UPRIMNY, (2008, p. 251),

2. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez vistos la noción de interpretación jurídica con sus principales criterios metodológicos, procederemos a señalar el concepto de mutación constitucional con sus principales elementos, de manera que podamos avanzar con los objetivos del presente estudio.

Vale la pena señalar que la teoría de la mutación constitucional es un tema ampliamente decantado en el constitucionalismo moderno, y que fue abordado por primera vez a principios del siglo XX por el tratadista alemán Georg Jellinek en su obra *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*³; además ha sido estudiado por varios autores de distintas nacionalidades, debido a la relación conceptual con temáticas como el poder de reforma, la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, vamos a decantar los conceptos generales y posteriormente vamos a establecer la relación entre la mutación constitucional y los vicios competenciales o teoría de la sustitución de la Constitución, no sin antes señalar algunos conceptos y referencias jurisprudenciales de esta última, de manera que logremos vislumbrar si estos conceptos son compatibles o no, pudiendo también cumplir con los demás objetivos propuestos en el presente trabajo.

2.1 Concepto

A decir verdad, no hay un concepto unívoco acerca del fenómeno de la mutación constitucional; pese a ello podemos traer una noción básica que señala que la mutación implica una modificación al contenido normativo de la Constitución sin alterar en modo alguno su tenor literal.⁴

Esta noción traída al sistema constitucional colombiano; de entrada puede lucir contradictoria, sobretodo en relación al principio de supremacía de la Constitución, el cual se encuentra claramente expreso en el artículo 4⁵ de la misma; no obstante, no podemos quedarnos en una defensa a ultranza, extremista e irracional de este principio. Hay que recordar que una Constitución de naturaleza rígida tiende a desaparecer con mayor facilidad que una flexible; pues al desconocer tanto la realidad social como el

³ Traducido del alemán significa “Enmienda Constitucional y Mutación Constitucional”.

⁴ Ésta es una construcción conceptual creada a partir de la noción explayada por el profesor Carlos López Cadena en la parte introductoria de su artículo titulado “Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos”, publicado en la Revista Derecho del Estado No. 22 de junio de 2009.

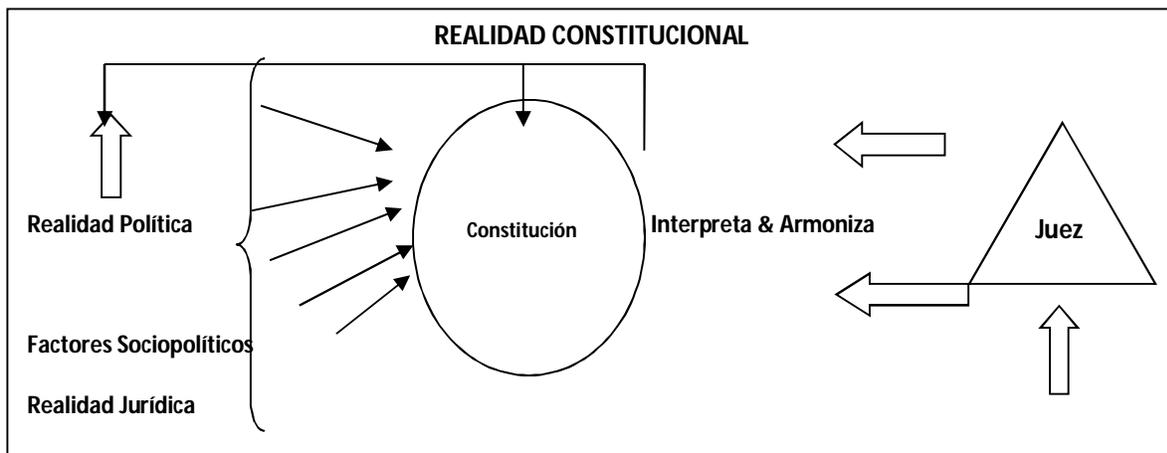
⁵ “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

principio democrático reflejado en la potestad de reformarla, se genera una ruptura irreparable que ineluctablemente causaría un cambio de Constitución.

Claramente la mutación constitucional subyace de la tensión entre la realidad y la norma jurídica, por esta razón conviene mencionar un nuevo concepto pocas veces abordado como lo es el de “realidad constitucional”. Al observar este concepto, podremos armonizar la tensión norma-realidad, de modo que lograremos avistar de manera concreta el concepto de mutación constitucional con nuestro ordenamiento.

2.1.1. Realidad Constitucional

Con relación a la realidad constitucional como un elemento base para el entendimiento del concepto de mutación, debemos señalar que en Colombia no ha habido desarrollo doctrinario sobre el tema, más aún cuando la Corte nunca ha considerado a la mutación constitucional como un fenómeno adyacente al orden jurídico. Por este motivo, resulta más provechoso acoger nociones propuestas por tratadistas extranjeros, como aquella que señala que la realidad constitucional “*consiste en el conjunto de factores sociopolíticos que influyen en la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola*” VERDÚ, p. 78, la cual podemos graficar de la siguiente manera:



La realidad constitucional se convierte entonces en ese ámbito en el que convergen la norma jurídica y los factores sociopolíticos que la rodean, lo cual se debe en sana lógica a que la realidad constitucional prevé la coexistencia natural entre la norma y los hechos, de tal manera que atendiendo dicho concepto, el principio de supremacía constitucional, permanece incólume; siempre y cuando se aplique la Ley Fundamental de manera afín con sus principios sin que la realidad, costumbre o hechos primen por sí solos sobre la Carta Política, caso en el cual nos encontraríamos frente a una sustitución de la Constitución por ineficacia en su aplicación o ruptura institucional.

Concomitantemente, el Juez constitucional hace parte de ese mismo ámbito; no obstante tiene el deber de interpretar los principios constitucionales y armonizar los

factores sociopolíticos con los primeros en la medida que ello sea posible; cuando no sea así debe aplicarse en estricto sentido lo estipulado en la Carta Política.

En resumen, la realidad constitucional representa la coexistencia entre realidad política y realidad jurídica y que en ocasiones se puede inclinar la balanza hacia un extremo u otro, validando la posibilidad de que ocurran mutaciones al interior de un ordenamiento; eso sí teniendo como presupuesto que la mutación no implique una flagrante transgresión de principios constitucionales; sin embargo esto no significa que no puedan suceder mutaciones que contradigan abiertamente la Constitución; lo que queremos señalar es que tratándose de un fenómeno no formal y meramente fáctico, en los casos en que una mutación contraríe de manera directa los principios constitucionales, nos encontramos simplemente frente a una violación de la Carta Política, por lo tanto dicha mutación tendrá ser absolutamente inválida a la luz de la norma fundamental.

2.2. Los Tipos de Mutaciones Constitucionales. DE VEGA, 2007, p. 185.

Al referenciar los diferentes tipos de mutación constitucional, podremos establecer concretamente la relación con la teoría de la sustitución, tal y como ya habíamos anunciado anteriormente, de manera que hemos elegido la clasificación ideada por el tratadista japonés Hsü Dau-Lin, mencionada por el Profesor De Vega en “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, que resulta ser una de las más completas y clara que existen con relación al tema de la mutación, distinguiendo así cuatro clases:

1) Mutaciones que derivan de prácticas políticas que no se oponen formalmente a la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional. DE VEGA, 2007, p. 185. Este tipo de mutaciones ocurren como consecuencia de las lagunas jurídicas, efectivamente su objeto es llenarlas.

No representan una contradicción evidente entre la realidad jurídica y la realidad política; sin embargo resuelven una aparente tensión entre ellas acudiendo a otra fuente del derecho que bien puede ser la costumbre, sin que esta sea abiertamente contradictoria con la norma.

En cuanto a este tipo de mutaciones, De Vega pone como ejemplo el caso estadounidense, en donde la Suprema Corte cuenta con la potestad de efectuar control de constitucionalidad sobre las leyes, a pesar de que aquello no está contemplado en la Constitución; no obstante señala el autor que *“dicha competencia constituye en la conciencia social del pueblo, un principio constitucional fundamental e inalterable”*

2) Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución. DE VEGA, 2007, p. 186. Representan una contraposición evidente entre la realidad política y la realidad jurídica; es decir entre Facticidad y normatividad, donde los hechos superan ampliamente las prescripciones normativas.

A mi juicio, para que este tipo de mutaciones se entienda lógicamente válido, debe tratarse de un hecho repetitivo en cuanto a la inaplicación de una disposición constitucional, de lo contrario se trataría simplemente de una violación a la Carta Política; ya que lo que la convierte en mutación es la ineficacia de la norma constitucional, lo cual trae como consecuencia que a pesar de que el articulado de la Constitución permanezca intacto se observa una aplicación distinta a lo allí establecido.

3) Mutaciones originadas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución. DE VEGA, 2007, p. 186. Plantea Pedro de Vega, que fue Jellinek, quien inicialmente habló de mutación constitucional por no ejercicio. Para Jellinek la mutación aparecía por el simple hecho del no ejercicio de los derechos y competencias conferidos en la Constitución; no obstante Hsü Dau-Lin, señalaba que la mutación existe no por el hecho del no ejercicio de los derechos y competencias, sino porque aun existiendo estos, la práctica política y la exigencia de la realidad lo impedirían.

A manera de ejemplos, propone De Vega que dentro de este tipo de mutaciones se encuentran las que van desde el no ejercicio del derecho conferido a los Jefes de Estado a no sancionar una ley aprobada por el parlamento, hasta aquellos en los cuales los Jefes de Estado no hacen uso de un derecho y se convierte esta norma por la práctica en desuso, tal como el derecho presidencial de disolución del parlamento en Francia.

4) Mutaciones originadas a través de la interpretación de los términos de la Constitución. DE VEGA, 2007, p. 188. En Cortas palabras, consiste en una transformación no formal de la Constitución como consecuencia de la interpretación de la misma en sede judicial, en Colombia es la Corte Constitucional la encargada de interpretar los términos de la Carta Política; señala el Doctor De Vega que “*se trata de reconocer la función modificadora de la interpretación que, como es obvio básicamente recae e la autoridad judicial*”; pero es aquí donde surge un problema ¿cuáles son los límites de esa función modificadora?

Al respecto nos atrevemos a decir que la función modificadora tiene su límite en la razonabilidad que la sustenta, esto es que se ciña a los principios constitucionales, o en caso de existir tensión entre los mismos, parafraseando a Robert Alexy desde un análisis de ponderación de los mismos, es decir teniendo en cuenta los criterios de idoneidad necesidad y proporcionalidad o test integral de proporcionalidad, el cual ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el ordenamiento colombiano, el Tribunal Constitucional, quien ejerce la función de control judicial de constitucionalidad, no tiene otro límite más que el que se autoimpone en sus fallos; lo cual no quiere decir que esta institución no haya ejercido un actuar legítimo a lo largo de su existencia.

Mucho se ha criticado a la Corte por la emisión de sentencias con efectos moduladores, se ha dicho que se ha extralimitado de su función de legislador negativo; pero lo cierto es que gracias a este tipo de fallos nuestra Carta Política se ha adecuando

de una mejor manera a nuestra realidad social; a decir verdad muchas decisiones políticas de vital importancia han tenido que ser resueltas en sede Constitucional y no en el Congreso de la República, escenario natural de la democracia.

Decisiones como la despenalización de la eutanasia, el aborto en tres circunstancias especiales (violación, malformaciones congénitas y peligro de la madre), o una nueva concepción de familia como núcleo de la sociedad en la que se incluyen a parejas del mismo sexo; pueden representar mutaciones constitucionales por vía de interpretación judicial, que de cualquier modo gozan de toda legitimidad, por ser razonables y amparadas en una pretensión de corrección del derecho. ALEXY, 2009.

Volvemos entonces a reiterar que para que las mutaciones constitucionales puedan ser consideradas como válidas, deben desarrollar elementos de la Constitución en términos de razonabilidad, de lo contrario se trataría simplemente de una violación de la Carta Política.

3. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

3.1. Concepto

El fenómeno de sustitución constitucional, lo podemos definir como la supresión material total o parcial de ciertos elementos que definen la identidad de la Constitución, por parte de un órgano de reforma que excede su competencia, la cual se circunscribe única y exclusivamente a la potestad de enmendar la Carta pero no sustituirla.⁶

3.2. Doctrina jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial de la teoría de la sustitución constitucional se puede extraer de las sentencias C- 551 de 2003, C-970 y C-971 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009 y C-141 de 2010. A continuación haremos una breve reseña de las sentencias de los años 2003, 2004 y 2005 por ser los más relevantes en cuanto la consolidación teoría de la sustitución, de modo que podamos mostrar sus principales elementos, en especial lo que tiene que ver con la metodología utilizada por la Corte Constitucional para efectuar el juicio de sustitución.

Sentencia C-551 de 2003

Fue este fallo el fundador de la línea jurisprudencial, tiene su origen en el control de constitucionalidad previo sobre la Ley 796 de 2003, por la cual se convocaba un referendo para modificar la Constitución. Como bien dijimos al principio de este trabajo, con esta sentencia se diferenció la potestad de reformar de la potestad de sustituir la Constitución, siendo esta inherente al constituyente primario, es decir el pueblo; dicho sea de paso que el pueblo cuando decide la suerte de un referendo constitucional actúa

⁶ Esta definición extractada del trabajo investigativo “Génesis jurisdiccional y precedente del concepto de sustitución constitucional, surge con ocasión del estudio de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia C-551 de 2003 de la Corte Constitucional.

como órgano reformador y no como constituyente. Fue con este fallo que se estableció que podría haber un vicio de competencia al sustituir la Carta so pretexto de reformarla y de igual manera se reconoce la dualidad del vicio competencial, del cual se predica tanto un carácter sustancial como un carácter procedimental, siendo este el principal sustento de la teoría de la sustitución.

Finalmente, la Corte sostiene que para verificar si la Constitución ha sido sustituida o no, se debe acudir a los principios y valores de la Carta Política, poniendo como ejemplo que *“no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente [...]”*⁷; caso en el cual se estaría excediendo la potestad de enmendar la Carta.

Sentencias C-970 y C-971 de 2004

Estas providencias más que por las decisiones proferidas en su debido tiempo; se destacaron por haber establecido una metodología para determinar la existencia de una sustitución constitucional, dicha metodología se conoce como “el juicio de sustitución”, el cual se propuso la Corte realizar de la siguiente manera:

4.1. Como premisa mayor en el anterior análisis, es necesario enunciar aquellos aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo. Ello permite a la Corte establecer los parámetros normativos aplicables al examen de constitucionalidad del acto acusado [...]

4.2. Procede luego el examen del acto acusado, para establecer cual es su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control.

4.3. Al contrastar las anteriores premisas con el criterio de juzgamiento que se ha señalado por la Corte, esto es, la verificación de si la reforma reemplaza un elemento definitorio identificador de la Constitución por otro integralmente diferente, será posible determinar si se ha incurrido o no en un vicio de competencia.”

Como vemos, la Corte propuso un método relativamente sencillo para efectuar el juicio de sustitución, donde en primera medida para construir una premisa mayor se deben enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que pueden haber sido sustituidos, posteriormente se entra a establecer los alcances de la reforma constitucional en relación con los aspectos definitorios de la Carta Política y finalmente se debe verificar si la enmienda reemplaza dichos elementos definitorios de la identidad de la Constitución.

Sentencia C-1040 de 2005

En esta sentencia a mi juicio es la más importante dentro de la línea jurisprudencial de la sustitución constitucional junto con la C-551 de 2003. Mediante

⁷ consideración 39.

este histórico fallo del año 2005 se decidió la constitucionalidad de una reforma que establecía la posibilidad de aspirar a una reelección inmediata para el Presidente de la República, la cual finalmente obtuvo el visto bueno del Alto Tribunal; no obstante lo relevante en esta sentencia en relación con la teoría de la sustitución constitucional definitivamente fue la puesta en marcha de un nuevo juicio de sustitución, el cual fue propuesto en los siguientes términos:

“El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue remplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) remplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.”⁸

Como se puede observar, el juicio de sustitución se hizo más complejo con esta sentencia, y en definitiva cada una de las etapas referenciadas en la anterior cita, gira en torno primero a que haya claridad en la concepción del elemento definitorio de la Constitución que puede ser sustituido, además que el mismo pueda ser verificable en el texto constitucional y no solo en una disposición o artículo; en segundo lugar se puede observar una contundente intención de la Corte de señalar que el juicio de sustitución no consiste en fijar límites materiales a las enmiendas constitucionales; sino determinar si el órgano que lo profirió excedió su competencia, es decir que continua con la concepción dualista de los vicios competenciales, especialmente entendiendo el factor de competencia como un presupuesto procedimental, de conformidad con lo señalado en el artículo 241 de la Carta Política.

4. RELACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE SUSTITUCIÓN Y MUTACIÓN CONSTITUCIONAL.

Como bien señalamos al principio de este trabajo, la sustitución constitucional se predica de aquel fenómeno por el cual un órgano incompetente so pretexto de

⁸ Cfr. Sentencia C-1040 de 2005

enmendar la Carta Política, suprime parcial o totalmente ciertos elementos que definen la identidad de la Constitución; de otro lado las mutaciones constitucionales implican modificaciones a la Constitución sin alterar en modo alguno su tenor literal.

En ese orden de ideas, podemos descartar que puedan existir mutaciones constitucionales como consecuencia de las reformas constitucionales mediante actos legislativos, esto bajo una sana lógica que nos indica que para efectuar una enmienda a la Ley Fundamental, se debe seguir los pasos previamente señalados en la Constitución y las leyes para llegar a esa finalidad; es decir que estamos hablando de modificaciones formales que naturalmente alteran el contenido literal de la norma.

De esta manera las enmiendas a la Constitución pueden degenerar en sustituciones parciales o totales de la misma, siempre y cuando se alteren sus principios definitorios, lo cual es determinado por la Corte Constitucional en su función de control jurisdiccional sobre los actos del Congreso.

El otro punto de análisis en cuanto a la relación entre los conceptos de sustitución y mutación constitucional, es la interpretación que ha desarrollado la Corte en su jurisprudencia en cuanto al artículo 241 y sus numerales 1 y 2 especialmente desde la Sentencia C-551 de 2003. Como se dijo en el análisis de este fallo la Corte reconoce que la competencia puede ser también un vicio de procedimiento y por tanto está sujeta a revisión del Alto Tribunal, como presupuesto esencial a la hora de elaborar actos legislativos como quiera que el Congreso es competente para reformar y no para sustituir la Constitución.

Con base en esto último, podría alguien sostener una hipótesis que indica que la Corte Constitucional mutó la Carta por vía de su potestad de interpretación de la misma, toda vez que la expresión procedimiento denota los requisitos y pasos que se deben seguir para efectuar un acto legislativo jurídicamente válido o un referendo constitucional; por el contrario consideramos que a lo largo de la línea jurisprudencial se han podido observar argumentos bastante convincentes sobre los vicios de competencia, quedando claro que este requisito forma parte tanto de la forma como del fondo.

Por esta razón, se trata entonces simple y llanamente de la potestad de interpretar la Constitución y no de una modificación no formal de la misma, en la cual la tensión entre el principio democrático y de supremacía constitucional es resuelta a favor de este último, de igual manera no abarca la función modificadora que se puede ver reflejada en fallos que tienden a modular sus efectos y sobretodo no se trata de un cambio en el significado de las palabras que se encuentran en la disposición.

4.1. Las razones por las cuales la teoría de la sustitución constitucional surge de un ejercicio meramente interpretativo.

En primer lugar, la mutación como alteración de lo establecido en la Carta implica un proceso creativo en donde se desconoce la disposición tal y como se ha venido aplicado y que debe resultar naturalmente opuesto a esto mismo; de lo contrario se

trata de un ejercicio de reinterpretación de la norma o cambio de jurisprudencia, que suele darse de conformidad con la evolución del derecho. En este caso con la teoría de la sustitución constitucional se reconoce un aspecto que no había sido abarcado con anterioridad en las reformas constitucionales como lo es el vicio competencial como presupuesto procedimental.

Podríamos hablar de la ocurrencia de una mutación constitucional si la Corte se arrogara la facultad de realizar un control material a las mencionadas reformas con base en su posición de guardián de la Constitución, lo cual sería contradictorio pues la misma Constitución traza los límites hasta donde la Corte puede ejercer sus funciones; proscribiendo la potestad de realizar juicios materiales a las enmiendas de nuestra Ley Fundamental.

Otro aspecto a favor de la tesis de la interpretación, resulta de la conceptualización que hizo la Corte al introducir la teoría de la sustitución mediante la sentencia C-551 de 2003. En aquel fallo se concatena el principio de supremacía constitucional, el cual se refleja en el control que realiza la Corte, con la concepción de vicios de procedimiento, y aquí surge un cuestionamiento que le da plena legitimidad al Alto Tribunal en la propuesta planteada en el citado fallo y es que ¿Cómo es posible que la Corte esté facultada para decidir la validez de un acto reformatorio de la Constitución y no lo esté para observar si el organismo tramitador ostenta la competencia para enmendar la Carta en los términos propuestos?. Si la Corte Constitucional no se hubiera detenido a hacer ese cuestionamiento y se hubiera quedado con el contenido literal de vicios de procedimiento señalado en el artículo 241, seguramente nuestra Constitución no sería la misma o por lo menos sus principios esenciales dejarían de fungir como los pilares del entramado constitucional.

Finalmente si hay algo claro del precedente jurisprudencial de la teoría de la sustitución, es que la Corte es enfática al señalar que el juicio de sustitución no se trata de imponer límites materiales a los órganos de reforma; sino observar si dichos órganos están excediendo las potestades que les han sido conferidas en la Ley Fundamental colombiana.

5. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la potestad de fallar sobre los vicios de competencia por parte de la Corte Constitucional, o teoría de la sustitución no implica una mutación de la Constitución, ya que se reconoce a la competencia como un presupuesto de validez procedimental, de manera que el contenido literal del artículo 241 de la Carta Política no es alterado en modo alguno.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la existencia de una mutación constitucional es perfectamente válida siempre y cuando se sigan los principios constitucionales, de lo contrario estaríamos frente a un caso de violación de la Carta Política.

Para la introducción de la teoría de la sustitución por parte de la Corte Constitucional se tuvo en cuenta un criterio sistemático de interpretación donde se armoniza el principio de supremacía constitucional con el ordenamiento jurídico; es importante acotar que si la Corte hubiera hecho uso de un criterio literal en la Sentencia C-551 de 2003, no sería factible la concepción de los vicios competenciales como presupuestos procedimentales dentro de nuestro ordenamiento en lo que tiene que ver con las enmiendas constitucionales.

La mutación constitucional implica un cambio abrupto en la aplicación de la disposición normativa y su validez está sujeta a su plena adaptación a los principios constitucionales; sin la existencia de dicho cambio abrupto nos encontraríamos frente a un caso de evolución del derecho como se observa cuando hay cambios en la jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha diseñado un juicio de sustitución encaminado a dejar en claro que no se trata de imponer límites materiales a las reformas, sino a determinar la competencia del órgano reformador.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert y BULYGIN, Eugenio “La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral”, Universidad Externado de Colombia, 2009.

DE VEGA, Pedro “La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente”, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 6ª reimpresión, 2007.

LÓPEZ CADENA, Carlos, “Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos”, Revista Derecho del Estado No. 22 de junio de 2009.

SAVIGNY, “Sistema del derecho romano actual”

SAVIGNY, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”

UPRIMNY Rodrigo y RODRÍGUEZ Andrés, Módulo de Interpretación Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, pág. 242, Segunda Edición, 2008.

VERDÚ, Lucas, “Curso de Derecho Político”

Wróblewski, Jerzy, «Interpretation juridique», en Arnaud, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ, Bruselas: Story Scientia, 1988, p. 199.

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias:

C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

C-970 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil

C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

C-1040 de 2005, Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández.



Principia IURIS Contenido

17

EDITORIAL

SECCIÓN I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL

Aproximaciones a la antropología jurídica:
construyendo sociedades justas
Antropólogo ricardo gómez

Análisis de la ley 1480 de 2011 que reforma el
estatuto de protección al consumidor en Colombia
Mg. Juan Carlos Villalba Cuellar.

El contrato de consumo: notas características
Ph. D (c) Fredy Andrei Herrera Osorio

Pioneros del realismo jurídico metafísico en
Colombia
Mg. Carlos Gabriel Salazar

Valor vinculante de las sentencias de unificación
del consejo de estado: ¿una alteración al sistema
de fuentes de derecho en el proceso contencioso
administrativo
Mg. Fernando Arias García

Acto administrativo, recursos y revocación directa
Ph. D. Manuel Alberto Restrepo Medina

La teoría de la sustitución: ¿un caso de mutación
constitucional?
Abog. Fernando Tovar Uricoechea

Derecho a la educación - educación en derecho
Lic. María Rubiela Sáenz Medina

Derecho a la educación inclusiva en el marco de
las políticas públicas
Lic. Lida Consuelo Sáenz Medina

SECCIÓN II. TEMA CENTRAL -RESULTADOS DE INVESTIGACIONES: PROBLEMÁTICAS EN CONVERGENCIAS.

El poder constituyente "extraordinario" como
dispositivo generador de responsabilidad
patrimonial del estado. Implicaciones de la
asamblea nacional constituyente -ANC- en la
configuración de la noción de modelo
constitucional introducido con la carta política de
1991.

Mg (c) Edwin Hernando Alonso Niño

Principios del régimen probatorio en el marco del
sistema procesal penal en Colombia.
Ph. D. Alfonso Daza González

Liberalización del comercio de servicios
financieros en el marco de la OMC
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

Implementación de características de seguridad
en el certificado de cómputos expedido a los
internos de los establecimientos carcelarios y
penitenciarios de Bogotá.
Tec. Oscar Javier Hernández Uribe

Responsabilidad del estado por trasplante de
órganos en Colombia
Ph.d. Alvaro Márquez Cárdenas
Ph.d yolanda M. Guerra García

Existe solidaridad en el contrato de servicios
públicos domiciliarios
Esp. Olivia Aristhitzza Gutiérrez Cadena

SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Los derechos humanos de la mujer y la violencia
sexual en el derecho internacional
Ph. D. Natalia Barbero

La acción humanitaria como cooperación al
desarrollo, en el contexto del derecho
internacional humanitario
Mg. Eyder Bolívar Mojica

El recurso de amparo constitucional en Alemania
- die verfassungsbeschwerde in deutschland
Ph.d (c) John Jairo Morales Alzate

Protección de los derechos fundamentales,
garantías judiciales constitucionales a partir de la
constitución española de 1979
Esp. José Luis Suarez Parra

La congruencia de la sentencia en el proceso
contencioso-administrativo: pretensiones motivos
y argumentos
Ph. D. Jorge Jiménez Leube



CATEGORÍA
COLCIENCIAS A



0124-2067