

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LAUREANO GÓMEZ SERRANO

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
AUTOR: LAUREANO GÓMEZ SERRANO
DIRECCION: lgomezse@unab.edu.co
FECHA DE RECEPCIÓN: 01/12/2004

DESCRIPTORES: Corte Constitucional, Colombia, Derechos Fundamentales, fallos, jueces, contradicciones.
RESUMEN: El objetivo principal de esta investigación es el examinar la actividad jurisdiccional de la CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en el ejercicio de su función tutelar de los derechos fundamentales, para determinar las causas, móviles determinantes y efectos de los fallos incongruentes o contradictorios, que implican una modificación de su doctrina constitucional, producidos durante el ejercicio de su magisterio, en el período comprendido entre los años 1991 a 2002.
KEY WORDS: Constitutional court, Fundamental Colombia, Rights, failures, judges, contradictions.
ABSTRACT: The primary target of this investigation is to examine the jurisdictional activity of the CONSTITUTIONAL COURT OF the REPUBLIC OF COLOMBIA, in the exercise of its function tutelary of the fundamental rights, to determine the determining causes, moving bodies and incongruous or contradictory failure effects, that imply a modification of their constitutional doctrine, produced during the exercise of their teaching, in the period between years 1991 to 2002.
ABSTRACT: The interpretation of the atypical legal businesses in Colombia, must divide of the application for each business in individual of the imperative laws on obligations and contracts, considering, the economic and commercial purpose of the atypical study

I. PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA TESIS DOCTORAL EN EL PROGRAMA DE DOCTORADO EN JUSTICIA Y DERECHO (GOBERNABILIDAD Y GARANTÍAS)

1.1.- DENOMINACIÓN DEL PROYECTO:

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.2.- POSTULANTE: LAUREANO GÓMEZ SERRANO

Correo electrónico:

lagose@excite.com y lgomezse@bumanga.unab.edu.co

Dirección permanente: carrera 38ª, número 48-17, apartamento 903, Bucaramanga, Colombia.

1.3.- DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR VICENTE GUZMÁN FLUJA

1.4.- OBJETO DE LA INVESTIGACION:

Examinar la actividad jurisdiccional de la CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en el ejercicio de su función tutelar de los derechos fundamentales, para determinar las causas, móviles determinantes y efectos de los fallos incongruentes o contradictorios, que implican una modificación de su doctrina constitucional, producidos durante el ejercicio de su magisterio, en el período comprendido entre los años 1991 a 2002.

1.5.- OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN:

La investigación evaluará la gestión desarrollada por la Corte Constitucional durante sus diez (10) años de existencia, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales de los colombianos, examinando para cada grupo de ellos el nivel de reconocimiento y eficacia en que se concreta su núcleo esencial y estableciendo los eventos en que se han producido decisiones contradictorias que han afectado la estabilidad jurídica de las instituciones, colisionando no sólo con las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, sino con los máximos tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, la Corte Suprema de Justicia y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Consejo de Estado.

Los cambios abruptos de orientación jurisprudencial por parte del Juez Constitucional Colombiano, no sólo generan descontrol en la colaboración armoniosa que se demanda de las distintas ramas del poder público, sino que implican objetivamente la desprotección de las garantías primarias de los coasociados, que es preciso superar a partir de establecer los hechos y las razones que las determinan.

Dentro de la crisis general del Estado colombiano, sometido al múltiple embate de la insurrección armada, la declinación de su modelo económico, a la prefectura disciplinante del gobierno norteamericano y a la desconfianza de sus colindantes fronterizos, la confrontación de la CORTE CONSTITUCIONAL con los otros órganos del poder público constituye un factor desestabilizador que es preciso superar, haciéndose indispensable procurar una estructura jurisprudencial estable

que realice efectivamente las garantías de los ciudadanos dentro del estado de derecho.

1.6.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

La investigación tiene como objetivos especiales por alcanzar:

- a) Determinar el grado de reconocimiento y eficacia del núcleo esencial de los derechos fundamentales, determinados para cada grupo de ellos, según la doctrina establecida por la Corte Constitucional Colombiana.
- b) Establecer las jurisprudencias contradictorias emitidas por la Corte Constitucional de la República de Colombia, y sus fundamentos lógicos y metodológicos, en el período comprendido entre los años 1991 y 2002.
- c) Examinar las causas y los efectos de los fallos incongruentes en relación con la tutela de los derechos fundamentales, así como de la guarda y primacía del orden constitucional.
- d) Evaluar los efectos frente a la unidad nacional de la colisión del poder judicial con los otros órganos del poder público.
- d) Establecer y analizar los mecanismos, elementos y presupuestos indispensables para estructurar una doctrina constitucional congruente, armónica y estable, que garantice el desarrollo de los derechos fundamentales.

1.7.- HIPÓTESIS DE TRABAJO:

" ... no ordenar más que lo que esté prescrito por la ley, y de seguir el espíritu de la misma en los reglamentos que confiamos a su prudencia "
" 1

El propósito de la investigación se encamina a determinar el grado de reconocimiento y eficacia del núcleo de los derechos fundamentales decantado por la doctrina constitucional colombiana en ejercicio de su control constitucional, estableciendo las razones y los fundamentos que determinan los cambios abruptos de la misma, que generan interpretaciones incongruentes y desarmonía en la actuación de los órganos del poder público en la realización de sus fines.

En un país de instituciones político-jurídicas severamente convulsas, el núcleo esencial de los derechos fundamentales tiende a retraerse a un nivel inferior, en relación con el que se presenta en sociedades de mayor desarrollo democrático, expresándose con un precario grado de reconocimiento y eficacia, y determinando la presencia de reiteradas mutaciones jurisprudenciales de la doctrina acogida por la Corte Constitucional Colombiana; tales incongruencias y mutaciones tienen origen en las siguientes causas:

Primera: La crisis general del Estado Colombiano, afectado por diversas anomalías internas y externas que alteran el funcionamiento orgánico de sus poderes públicos.

Segunda: El actual estado de guerra civil larvada que vive el país, enerva el desarrollo real y efectivo de los derechos fundamentales consagrados formalmente en la carta constitucional de 1991.

Tercera: La actividad de la Corte Constitucional refleja las contradicciones inherentes a la sociedad, las cuales se expresan en la producción de fallos incongruentes y contradictorios que establecen tendencias vacilantes en su jurisprudencia que no se decantan en una doctrina que ofrezca seguridad jurídica.

Cuarta: Desde el punto de vista interno, las tensiones jurisprudenciales se expresan en la permanente división de los miembros de la corporación en dos (2) grupos contrapuestos, en especial cuando se trata de resolver sobre asuntos que presentan relaciones y colisiones de dos o más derechos fundamentales.

Quinta: Doctrinalmente, en la Corte Constitucional Colombiana se manifiestan las divergencias entre las corrientes del derecho continental europeo y las del derecho anglosajón que por vía de la influencia norteamericana progresivamente penetran a nuestro sistema jurídico.

Sexta: El desarrollo doctrinal sobre los Derechos Fundamentales, tiende a decantarse en la cota más baja del núcleo esencial, enervando el pleno ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Séptima: Es posible construir mecanismos jurídicos que generen estabilidad y coherencia de la doctrina constitucional, de tal manera que aún dentro de la crisis política y social se garantice la eficaz realización de los derechos

fundamentales consagrados en la Constitución y contribuyan a un ejercicio armonioso del poder político del Estado.

Octava: Desde el punto de vista externo, la incongruencias y contradicciones de la Corte Constitucional se reflejan en la confrontación con los demás órganos del poder, lo cual mengua el cumplimiento del deber de colaboración armoniosa de los poderes públicos, establecido en la Carta Constitucional.

1.8.- METODOLOGÍA, FUENTES DE INFORMACIÓN Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN:

La investigación propuesta se inscribe dentro de la necesidad de interpretar, explicar y evaluar el desarrollo de la actividad de la Corte Constitucional Colombiana, en su función tutelar de los derechos fundamentales y en relación con su obligación de actuar armoniosamente con los distintos órganos del poder público en la prosecución de los fines del Estado.

La información necesaria para el trabajo puede ser obtenida mediante la consulta de los siguientes medios:

- a) Análisis bibliográfico sobre Control Constitucional, Interpretación Constitucional y Derechos Fundamentales.
- b) Sentencias de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales (Constitucionalidad y Tutela), en la relatoría de la corporación. Período 1991-2002.
- c) Sentencias la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que colisionan con la doctrina de la Corte Constitucional, en la relatoría de estas corporaciones. Período 1991-2002.
- d) Archivos de prensa escrita, durante el período de 1991 al año 2002, que expresan la intensidad de los debates que suscita el reiterado cambio de la orientación jurisprudencial de la Corte Constitucional.
- e) Registros del INSTITUTO SER DE INVESTIGACIÓN y de la CORPORACIÓN b PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA, sobre el desarrollo de la actividad judicial en Colombia

La recolección de información debe instrumentarse a través de la aplicación de las siguientes técnicas:

- 1) Examen bibliográfico
- 2) Trabajo de archivo
- 3) Análisis jurisprudencial

1.9.- ESTRUCTURA BÁSICA DE LA INVESTIGACIÓN

Para desarrollar los objetivos planteados en el proyecto de investigación tendiente a evaluar la actividad de la Corte Constitucional de la República de Colombia, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales de los colombianos, durante sus diez primeros años de existencia (1991-2002), estableciendo su grado de eficacia y desarrollo, así como los eventos en que se han producido sentencias contradictorias que han afectado la estabilidad jurídica de las instituciones, colisionando con las otras ramas del poder público y con los otros órganos jurisdiccionales, las cuales se manifiestan en abruptos cambios de orientación jurisprudencial que desestabilizan la seguridad jurídica en detrimento de la tutela de los derechos fundamentales. Se estructurará el trabajo de análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana, en cinco (5) unidades temáticas, precedidas de una introducción y adicionadas con el correspondiente acápite de conclusiones, a saber :

INTRODUCCIÓN

- I) LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
- II) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- III) LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991) Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- IV) LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- V) CONTRADICCIONES Y TENSIONES

CONCLUSIONES

Estas unidades temáticas versarán sobre los siguientes contenidos:

- I) Primera Parte:

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En la primera parte se abordará el problema de la interpretación de la norma constitucional, su estructura lógica, las perspectivas metodológicas desde las cuales es asumido por las distintas vertientes del pensamiento jurídico y las técnicas de interpretación que han desarrollado los Tribunales Constitucionales para superar la indeterminación de las normas objeto de su análisis.

Para su desarrollo estructuraremos el temario en los siguientes acápite:

1.1. LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA

- 1.1.1 Normas y sistema jurídico
- 1.1.2 Primacía de la Constitución
- 1.1.3 Legalidad y constitucionalidad
- 1.1.4 La Constitución como fuente
- 1.1.5 El bloque de constitucionalidad

1.2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

- 1.2.1 Diversas clases de control
- 1.2.2 Control judicial de constitucionalidad
- 1.2.3 Naturaleza de la jurisdicción constitucional
- 1.2.4 Justificación del control constitucional
- 1.2.5 Tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria
- 1.2.6 Tensiones entre la jurisdicción constitucional y el poder legislativo
- 1.2.7 Tensiones entre la jurisdicción constitucional y el poder ejecutivo

1.3 LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- 1.3.1 Interpretación política de la Constitución
- 1.3.2 Importancia de la interpretación constitucional
- 1.3.3 Principios, criterios y finalidad de la interpretación de la Constitución
- 1.3.4 Contenidos, eficacia y límites de la interpretación constitucional
- 1.3.5 Creación de derecho e interpretación constitucional
- 1.3.6 Arbitrio judicial
- 1.3.7 La Seguridad jurídica

1.3.8 La coherencia en la interpretación jurídica

1.3.9 Diversas clases de sentencias

1.4 HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

1.4.1 Teoría de la interpretación

1.4.2 Interpretación y ordenamiento jurídico

1.4.3 Interpretación y argumentación

1.4.4 Tipologías de interpretación

1.4.5 Análisis lógico de las proposiciones jurídicas

1.4.6 Metodología y técnicas de la interpretación

1.4.7 Método y técnicas de interpretación constitucional

1.5 TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1.5.1 Originalismo y Constitución

1.5.2 El precedente constitucional

1.5.3 Las líneas jurisprudenciales

1.5.4 El viraje jurisprudencial

1.5.5 Autorestricciones del intérprete constitucional

1.5.6 Las contradicciones jurisprudenciales

II) Segunda Parte:

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la segunda parte se analizará el sistema de derechos que los ciudadanos de una nación ostentan frente al Estado, emanados directamente de la norma fundamental, como garantía de la realización de la dignidad humana, del ejercicio de la libertad y de la realización de la igualdad.

Para adelantar el estudio del sistema de Derechos Fundamentales es preciso recapitular las teorías que sobre los mismos ha estructurado la doctrina respecto a su génesis, fundamentación y aplicación, establecer sus relaciones con otros tipos de derechos previstos en la norma constitucional, reconocer sus manifestaciones normativas e identificar sus mecanismos de protección.

Para su desarrollo, el temario se estructurará en los siguientes acápite:

2.1 TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1.1 Normas sobre Derechos Fundamentales

2.1.2 Concepto

2.1.3 Estructura

2.1.4 Reglas, principios y valores

2.2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES

2.2.1 Naturaleza de los Derechos Sociales

2.2.1 Realización de los Derechos Sociales

2.2.3 Expresión normativa de los Derechos Sociales

2.3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SUBJETIVOS

2.3.1 El concepto de Derecho Subjetivo

2.3.2 Relaciones normativas, empíricas y analíticas

3.3.2 Acciones positivas

2.4. DIVERSIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2.4.1 Vida.

2.4.2 Libertad.

2.4.3 Igualdad.

2.4.4 Propiedad.

2.4.5 Seguridad Jurídica.

2.4.6 Pluralidad y diversidad

2.5 DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.5.1 Contenido esencial de los Derechos Fundamentales

2.5.2 Delimitación de los Derechos Fundamentales

2.5.3 Restricciones de los Derechos Fundamentales

2.6 INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.6.1 Intelección de los Derechos Fundamentales

2.6.2 Efecto de irradiación

2.6.3 Argumentación iusfundamental

2.7 PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 2.7.1 Control constitucional de los Derechos Fundamentales
- 2.7.2 Procedimientos y técnicas de protección de los Derechos Fundamentales

III) Tercera Parte:

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La tercera parte estará dedicada a examinar la estructura lógico-jurídica de protección por parte de la Jurisdicción Constitucional Colombiana a los Derechos Fundamentales; para ello se estudiará, en primer término, la evolución de los derechos constitucionales en las distintas cartas políticas que han regido en la nación, hasta la Constitución actualmente en vigencia, que los instituye como derechos con exigibilidad jurídica.

En segundo lugar, se estudiará la forma como se despliega la protección de los Derechos Fundamentales por parte de la jurisdicción de control constitucional colombiana, su metodología y técnicas de interpretación y la integración sistemática de sus jurisprudencias.

Para su análisis, el temario se subdivide así:

3.1 ANTECEDENTES

- 3.1.1. Los derechos del Hombre y del Ciudadano.
- 3.1.2. Los Derechos Civiles y las garantías sociales.

3.2. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991

- 3.2.1 El programa político
- 3.2.2 Los poderes exigibles
- 3.2.3 Catálogo de Derechos Constitucionales

3.3. CONTROL CONSTITUCIONAL

- 3.3.1 Jurisdicción Constitucional

- 3.3.2 Acciones de protección de Derechos Constitucionales
- 3.3.3 Interpretación judicial de la Constitución
- 3.3.4 Validez y fuerza del precedente
- 3.3.5 Redundancias y contradicciones
- 3.3.6 El sistema de jurisprudencias y la doctrina constitucional

IV) Cuarta Parte:

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La cuarta parte abordará en concreto el análisis crítico de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, en torno a la protección de los Derechos Fundamentales, durante sus primeros diez años de existencia (1991-2001).

La doctrina de la Corte se despliega alrededor del catálogo de Derechos Fundamentales establecidos en la Carta Política de 1991; unos corresponden a la autonomía privada (Vida, Libertad, Igualdad, Propiedad), otros son relativos a la autonomía política (Seguridad Jurídica, Pluralidad y diversidad); este criterio constituye un elemento aglutinador para su estudio.

El análisis abordará la producción jurisprudencial desde una triple perspectiva, normativa, analítica y empírica, dado que establece una estructuración sistemática de la doctrina constitucional, en su doble condición estática y dinámica.

Desde la perspectiva normativa se examinarán los Derechos Fundamentales garantizados en la Constitución Política Colombiana de 1991, en relación con los que se garantizan por las normas fundamentales vigentes en las naciones occidentales (Alemania, Italia, España, Estados Unidos); desde la arista analítica se estudiará la coherencia interna y externa de las decisiones jurisprudenciales, y por el aspecto empírico se tendrán en cuenta las repercusiones que para la vigencia y eficacia real de los preceptos sobre los Derechos Fundamentales, tienen las interpretaciones judiciales sobre las normas constitucionales, precisando, restringiendo o extendiendo su alcance.

Desglosamos el tema en los siguientes apartados:

4.1 SISTEMA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

- 4.1.1 El sistema abstracto de Derechos Fundamentales
- 4.1.2 Aglutinamiento y correlación
- 4.1.3 El máximo o el mínimo del derecho y su representación

4.2 DOCTRINAS SOBRE LA AUTONOMÍA PRIVADA

- 4.2.1 Vida
- 4.2.2 Libertad
- 4.2.3 Igualdad
- 4.2.4 Propiedad

4.3 DOCTRINAS SOBRE LA AUTONOMÍA POLÍTICA

- 4.3.1 Seguridad Jurídica
- 4.3.2 Pluralidad y diversidad

4.4. EFICACIA REAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 4.4.1 Desarrollo oscilante
- 4.4.2 Contradicciones e incoherencias
- 4.4.3 Ejercicio y defensa en concreto

V) Parte:

CONTRADICCIONES Y TENSIONES

La quinta parte se dedicará a examinar las relaciones por esencia contradictorias entre la Justicia Constitucional y las demás ramas del poder público, en especial cuando su acción debe desplegarse para la protección eficaz de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, trasmutándola de legislador negativo en auténtico colegislador.

De manera particular se analizarán las sentencias que han dado origen a colisiones doctrinales entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, así como las que han generado posiciones antinómicas con las ramas legislativa y la rama ejecutiva del poder público.

Las relaciones contradictorias entre las distintas ramas del poder con el Juez Constitucional, generan diversos efectos sobre la seguridad jurídica y la estabilidad política, que se acrecientan cuando la doctrina constitucional se torna contradictoria, irrumpiendo contra su condición de faro orientador en la intelección de la carta fundamental y guarda tutelar de la misma, aupando inconscientemente las fuerzas que propenden por coartar sus poderes.

El asentamiento del Juez Constitucional, como primigenio defensor de los Derechos Fundamentales, demanda la decantación de su doctrina a partir de una construcción jurisprudencial armónica y congruente, que le genere el reconocimiento pleno de todos los actores sociales y en especial de todos los poderes públicos.

Para adelantar su estudio, se subdividirá esta parte en las siguientes secciones:

5.1 CONTRADICCIONES CON LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

- 5.1.1 Contradicciones con la Corte Suprema de Justicia
- 5.1.2 Contradicciones con el Consejo de Estado.

5.2 CONTRADICCIONES CON LA RAMA EJECUTIVA

- 5.2.1 Control a la autoridad político-administrativa
- 5.2.2 Intervención en la ejecución del gasto público

5.3 TENSIONES CON EL LEGISLADOR

- 5.3.1 Control a la legislación
- 5.3.2 Exhortaciones para legislar

II: ESTADO DE AVANCE DE LA INVESTIGACIÓN :

A primero de diciembre de 2004, se ha redactado en su forma definitiva quince (15) capítulos, correspondientes a la Primera y Segunda parte de la investigación, que corresponden a la estructura metodológica de la misma, y que de manera autónoma pueden expresarse como una METODOLOGÍA PARA LA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL, por cuanto corresponde a la exposición de los Principios, métodos y técnicas que la disciplina jurídica, ha generado para la intelección y aplicación de las normas constitucionales, en el concierto universal, a saber:

Primera Parte:

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En la primera parte se abordará el problema de la interpretación de la norma constitucional, su estructura lógica, las perspectivas metodológicas desde las cuales es asumida por las distintas vertientes del pensamiento jurídico y las técnicas de interpretación que han desarrollado los Tribunales Constitucionales para superar la indeterminación de las normas objeto de su análisis.

Capítulo 1: LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA

" Sostengo que toda Constitución, cuya esencia no es la representación, es una falsa Constitución" ²

1.1. - LA ESTRELLA POLAR

Analiza el proceso de estructuración del constitucionalismo norteamericano, su influencia en la revolución francesa de 1789, y en la emancipación latinoamericana.

1.2.- LOS DERECHOS DEL CIUDADANO

Analiza la génesis de la teoría sobre los Derechos del ciudadano dentro del proceso revolucionario de 1789, construyendo una estructura política y jurídica institucionalizada a través del texto constitucional, procurando un dispositivo de guarda y de control, que no se limitaba a los juramentos de fidelidad que los gobernantes y los ciudadanos debían prestarle, sino que comprendía el derecho a formular quejas y acusaciones por infracción a las normas constitucionales y el

señalamiento de las condiciones y procedimientos para llevar a cabo su reforma³, sino proclamando a través de una declaración solemne los derechos inalienables de los ciudadanos.

1.3.- EL PARADIGMA DEMOCRÁTICO

De la confluencia de la acción pragmática consolidada en el nuevo mundo con la racional proclama ciudadana de la nación francesa⁴, surgirá el paradigma del Estado democrático y representativo, con gobierno electivo por tiempo limitado, expresión de la voluntad popular, caracterizado por la separación de poderes, con la intención plena de limitar y controlar el poder político, sometiéndolo a reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder.

Capítulo 2 : LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA JURÍDICO

" Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico" ⁵

2.1.- LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El derecho de revisión judicial de la ley, deducido del texto la sección segunda del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América, en la sentencia proferida por la Corte Suprema en el caso *Marbury vs Madison* en 1803, estableció indubitablemente la supremacía de la Constitución sobre la ley, a la vez que determinó el establecimiento de un guardián de la integridad de la carta magna, frente a los embates del legislador o del poder ejecutivo.

2.2.- EXPRESIONES DE LA PREVALENCIA

Esta posición prevalente de la Constitución, como norma fundamental, como principio inspirador del Estado, como garante de los derechos fundamentales, se traducirá primeramente en una vocación de aplicación directa e inmediata sujetando a los ciudadanos y poderes públicos.⁶

2.3.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La sujeción de la leyes a la Constitución, como una expresión de la supremacía de

ésta, implica el establecimiento de un árbitro entre los poderes públicos, que dirima sus controversias. En primer término, poniendo coto a la extralimitaciones del poder legislativo, de donde surge en el constitucionalismo norteamericano el poder de revisión judicial de legislación rescatado del entretexo constitucional por el juez Marshall en la sentencia de febrero de 1803, en el caso Marbury vs Madison, en la cual se anula por inconstitucional un apartado de una ley del Congreso de los Estados Unidos, generando la mítica vinculación de los poderes públicos al arbitraje de los jueces⁷, que se constituye en la piedra angular de los sistemas constitucionales modernos.

Capítulo 3: LA FORMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

"Al asegurar la elaboración constitucional de las leyes, y en particular su constitucionalidad material, la justicia es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría"⁸.

3.1.- LOS ESQUEMAS DE CONTROL

Los esquemas de control constitucional se han desplegado conceptualmente en torno a la preponderancia del juicio jurídico que le imprime a la Constitución su fuerza obligatoria, su condición de norma suprema, como el sostenido por Kelsen⁹ e instituido en la Constitución expedida el 1 de octubre de 1920 en la República de Austria¹⁰, o la prevalencia del juicio político, como el propugnado por Schmitt, deferido al Presidente del Estado, en su condición de poder neutral e intermediario **"que no se halla por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención"**¹¹.

3.2.- EL SISTEMA ANGLONORTEAMERICANO.

El sistema anglonorteamericano, denominado como control difuso, cuyo origen se remonta desde el siglo XVIII a las tesis de Lord Edward Coke, sobre la aplicación preferente del derecho común (*common law*) sobre el derecho secundario (*statutory law*) en caso de colisión, desarrollado como revisión judicial de la ley (Judicial Review) por el juez John Marshall, a partir de las disposiciones del artículo VI, sección 2 de la Constitución Norteamericana.

3.3.- EL SISTEMA AUSTRIACO O CONCENTRADO

El sistema austriaco o concentrado, que sigue el paradigma Kelseniano, en procura de la realización de la jerarquía normativa, plasmado en la Constitución de Austria y seguido por los demás países continentales europeos, entre ellos la Constitución de la Segunda República Española de 1931, Italia a partir de 1948, Alemania federal en 1949, y en la 3.1. 3.1. La Corte Constitucional Italiana.

3.2 El Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

3.3.- El Tribunal Constitucional Español.

3.4.- EL SISTEMA DE "FUERO DE AMPARO" MEXICANO

El sistema de "fuero de amparo" Mexicano, seguido por varios países latinoamericanos como Brasil, Perú, Argentina, Honduras, Nicaragua, asimilado al angloamericano, aun cuando amplio en sus modalidades, pero de mayor restricción en cuanto a sus efectos, permite que toda persona pueda reclamar ante un juez la protección de sus derechos y garantías fundamentales consagradas y amparadas por la Constitución, a fin de obtener pronta resolución sobre el restablecimiento o amparo de sus derechos, el sistema tiene su origen remoto en la "intercessio" romana de la época republicana.

3.5.- EL SISTEMA INTEGRAL Y PARALELO

El sistema integral y paralelo, que surge en 1811 en la Constitución de Cundinamarca que se reincorpora el acto legislativo número 3 de 1910 a la Constitución Política de Colombia de 1886, y que se rescata en la carta política de 1991, que otorga acción directa, abierta y pública a los ciudadanos para ejercer el control de constitucionalidad de todo acto jurídico, y que surge de manera simultánea en Venezuela, el cual radica finalmente el ejercicio del control en la rama jurisdiccional del poder público, encabezado por la Corte Constitucional con el concurso accesorio del Consejo de Estado, a través de acciones ciudadanas, control automático o forzoso, mediante objeciones presidenciales, por tutela administrativa y por excepción de inconstitucionalidad aplicable por jueces y funcionarios y constituye un sistema de control paralelo, unificado e integral, que aglutina las características de todos los actualmente existentes en Occidente, a través de un entramado y complejo dispositivo de defensa escalonado, que se estructura desde su base hasta la cúspide, desde los actos inconstitucionales originados en las municipalidades hasta los propios Actos Legislativos emanados irregularmente del poder constituyente.

3.6.- EL CONTROL POLÍTICO FRANCÉS

Dentro de los esquemas de control político se destaca el consagrado por la Constitución Francesa del 4 de octubre 1958¹², que en su artículo 61 dispone: **"Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigencia, serán sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre la conformidad de unas y otros con la Constitución"**¹³, igualmente se someten a control las leyes ordinarias, por iniciativa del presidente de la República, el Primer Ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, o sesenta diputados o sesenta senadores, suspendiéndose el plazo de promulgación de la ley, mientras el Consejo Constitucional decide, que deberá hacerlo dentro del término de un mes, que puede reducirse a ocho días por petición del Gobierno.

3.7.- TENSIONES Y CONFLICTOS DE PODERES

La inserción del Tribunal Constitucional en la estructura del Estado moderno no ha sido apacible, dada su naturaleza de guardián de la carta política, garante de los derechos fundamentales y árbitro en la lucha entre el legislativo y el ejecutivo. Permanentemente recibe embates de todos los frentes, siendo el más débil de todos ellos, al carecer del respaldo popular que marca el origen de los otros, o del respaldo de la fuerza de que goza el ejecutivo. Viéndose impelido a defender su existencia y su posición prevalente en el sistema, solo puede atrincherarse en la coherencia de su doctrina y en la fuerza ideológica de la legitimidad jurídica, tan cara al sistema democrático.

Capítulo 4 : HERMENÉUTICA JURÍDICA

« ... no ordenar más que lo que esté prescrito por la ley, y seguir el espíritu de la misma en los reglamentos que confiamos a su prudencia »

14

4.1.- HERMES, MENSAJERO DE LOS DIOSES

Por cuanto la Constitución es la norma jurídica que estructura el programa político del poder dominante en el seno de una sociedad, su análisis trasciende la simple percepción de ésta como emanación del pacto social, como compromiso ocasional para referenciar la acción política, para transformarse en el eje bascular

de la acción social de hombres que coexisten bajo cierta regulación, que necesariamente desemboca en una función jurídica, creadora de Derecho, matriz del orden jurídico, que no es más que un **" un sistema de complejos normativos superpuestos"**¹⁵, como lo señalara Kelsen.

4.2.- EL DISCURSO DEL MÉTODO

Paradójicamente el desarrollo de la ciencia moderna, debió transitar el tortuoso camino de alzar la voz contra la autoridad de Aristóteles, en especial contra su física cualitativa que mostraba el mundo cambiante, diverso, heterogéneo, como producto espontáneo de un principio interno activo, devenido de su naturaleza propia, de su **"alma"** y de su **"forma"**, que los discípulos escolásticos convirtieron en dogma para anteponerlo al conocimiento, pervirtiendo este mero instrumento de argumentación y de refutación, el principio de autoridad, trasmutándolo en una relación de poder, síntesis del saber y el mandar, bajo la forma axiomática del **"ipse dixit"**.¹⁶

4.3.- LOS CÁNONES HERMENÉUTICOS

En el derecho, la regla fija ha de dar cuenta de la necesidad de guiar el pensamiento hacia el razonamiento verdadero para distinguirlo del falso, a partir de un obrar recto y de la aplicación de los procedimientos adecuados deducidos de la praxis en procura de una solución justa, deducida de la norma general, aplicándola al caso particular, quehacer que lleva a la comprensión de las conexiones internas del texto normativo, a concretar su sentido a fin de darle correcta aplicación¹⁷, pues como lo señalara Ihering, **" El que quiere aplicar el derecho con seguridad debe ser ante todo dueño de la materia de que trata y dominarla intelectualmente"**.¹⁸

Capítulo 5: METODOLOGÍA JURÍDICA

"La metodología no es otra cosa que la ciencia que se estudia a sí misma y así encuentra su método"¹⁹

5.1.- EL DISCURSO SOBRE EL MÉTODO

La metodología indaga sobre los métodos e instrumentos del proceso de conocimiento, descubre las reglas de la ciencia, su estructura, establece los senderos para el correcto obrar y para la aplicación del conocimiento a la acción transformadora de la naturaleza que realiza el hombre; como su etimología lo enuncia, es la explicación del camino por el que se conducen nuestras acciones²⁰, es el discurso sobre el método, la reflexión de la ciencia sobre su propio proceder.

5.2.- ESCUELAS JURÍDICAS

La primera reflexión metodológica sobre el proceder jurídico radica en plantear el modo de abordar el fenómeno normativo; esto es, la determinación de la perspectiva epistemológica desde la cual el sujeto ha de asumir el objeto de análisis jurídico.

5.3.- MÉTODOS Y TÉCNICAS

El análisis de la evolución de la tradición jurídica conduce necesariamente a indagar sobre los principios y reglas recurrentes y normalizadas que son aceptadas por los jurisconsultos como explicativas de los fenómenos que conforman el objeto de su análisis y que se traducen en teorías, en aplicaciones conceptuales, así como en instrumentos de observación, de selección, de análisis, de evaluación, de crítica y de explicación.

5.4.- EL MÉTODO EXEGÉTICO

Cuando César Flavio Justiniano trazó con indubitables rasgos el programa jurídico de su imperio, al señalar que la majestad imperial no sólo debe ser honrada con las armas sino fortalecida por las leyes, para que fuese no solo vencedor en los

combates, sino también **"tan religiosísimo observador del derecho, como triunfador de los enemigos vencidos"**²¹, prohibiendo todo tipo de comentario sobre las leyes, excepto **"traducirlas a lengua griega, con el mismo orden y la misma correlación con que han sido escritas en lengua romana, al pie de la letra, y componer lo que llaman paratitulos"**²², por si acaso prefiriesen **hacer algunas anotaciones por causa de la dificultad de los títulos"**²³, instituyó el culto a la ley, expresada en su texto, dando origen a una vigorosa e influyente concepción jurídica, reconocida como la del método exegético, que concibe el objeto de análisis jurídico, la norma, exclusivamente en su intrínseca unidad.

5.5.- EL MÉTODO SISTEMÁTICO

El método sistemático, también conocido como dogmático, pretende derivar el significado de la disposición normativa de su ubicación en el sistema jurídico, en el contexto en que está ubicada, bien sea en su conjunto, o en el de un subsistema, esto es del conjunto de disposiciones que regulan determinada materia o determinada institución, entendiendo que el sistema jurídico y los subsistemas que lo componen constituyen un conjunto de normas coherente, sin contradicciones ni antinomias, y completo, sin lagunas.

5.6.- EL MÉTODO SOCIOLÓGICO-TELEOLÓGICO

Desde la perspectiva del método sociológico-teleológico, la proposición normativa es percibida en su intrínseca correspondencia con los fenómenos de la realidad social que le sirven de presupuesto, entendiendo que el Derecho constituye una disciplina que trasciende su simple manifestación normativa y que este, en realidad, expresa una compleja trama de relaciones sociales a través de conceptos jurídicos y, o, políticos.

Capítulo 6 : LA JURISPRUDENCIA

" La Jurisprudencia es la teoría de las reglas por las que deberían dirigirse los gobiernos civiles" ²⁴ .

6.1.- EL JUEZ HACE EL DERECHO

Los funcionarios jurisdiccionales pronto se rebelaron contra la misión montesquiana de ser simplemente la boca que predica el derecho, para pretender trascender, bajo el impulso del derecho inglés a la función creadora de derecho, otorgándole una dinámica propia, que escapa del silogismo hacia la construcción de un instrumental lógico que permita colmar las lagunas normativas, juzgar en equidad, realizar composiciones de conflictos y aplicar los principios de derecho.

6.2.-EL PRECEDENTE JUDICIAL

La influencia del normativismo en el derecho anglosajón, en su vertiente norteamericana, se verá potenciada con la independencia de las trece colonias, la asunción de una forma rígida de tridivisión de poderes y el establecimiento de la estructura federal, la cual genera una prolija legislación positiva que es necesario asumir y armonizar con la *common law* en la práctica de los tribunales y en las metodologías de estudio del derecho.

6.3.- EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el derecho continental europeo o de vertiente románica, esto es en los sistemas de derecho escrito y codificado, en los cuales la norma jurídica se expresa por medio de un instrumento formalizado, la jurisprudencia primordialmente cumple la función de resolver el conflicto en concreto que se ha planteado al juzgador, pero de manera accesoria coadyuva al desarrollo del ordenamiento jurídico al concretar su interpretación, esto es su intelección, generando un sedimento que fertiliza todo el sistema jurídico, como bellamente lo explica la obra justiniana cuando dice: **" Promulgadas estas leyes, comenzó, según naturalmente suele acontecer, a requerir la interpretación que la discusión en el foro fuese necesaria, apoyándose en la autoridad de los jurisconsultos" ²⁵ .**

6.4.- LAS TÉCNICAS DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En la doctrina se han planteado diferentes técnicas para el análisis de la jurisprudencia, diferenciadas entre ellas por el mayor o menor énfasis que ponen en la delimitación de los hechos básicos, en la determinación del problema jurídico, en la fuente formal de derecho y su método de interpretación, y en la parte argumentativa que explica la determinación tomada por el juzgador²⁶.

Capítulo 7 : LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

"Cada pueblo tiene por lo tanto la Constitución que le conviene y le corresponde" ²⁷

7.1.- LA NORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución como norma fundamental, instrumento regulador de los poderes del Estado, garante de los Derechos Fundamentales, producto en permanente evolución como manifestación de la racionalidad del ejercicio del poder político, se traduce en mandatos vinculantes para los ciudadanos y las autoridades públicas, a cuyo efecto trasciende el mero enunciado programático para imponer a los detentadores del poder el cumplimiento de deberes y determinar parámetros específicos para su aplicación directa e inmediata, por tanto, tiene el carácter de derecho positivo.

7.2.- POÉTICA CONSTITUCIONAL

En la Constitución, forma suprema de la norma jurídica, confluyen las reglas estructurales de la creación, producción e interpretación, los parámetros precisos e inmemoriales del quehacer del orden jurídico, cuyo acatamiento determina la postulación de la validez y la eficacia de sus contenidos, ya que como toda disciplina artística o científica, el derecho se sujeta a cánones en su desarrollo, los que en el mundo griego se conocieron bajo la denominación de poética, que para nuestro objeto de estudio se traducen en una poética constitucional.

7.3.- EL ÁMBITO DE LA DISCRECIÓN

Analizar el enigma constitucional implica reconocer que el documento constitucional no es una partitura totalmente acotada, cerrada herméticamente; si bien existen unos límites, dentro de ellos el intérprete ejercita la discreción²⁸ o sensatez para formar juicio a fin de elegir entre diversas alternativas posibles, para buscar y hallar lo que de acuerdo con la tradición, es decir, con el curso del tiempo ha probado su valor y necesidad, sin que esta flexibilidad implique desorden o capricho sino simplemente asumir que el margen permite la coexistencia de diversas opiniones a pesar de que el objeto es el mismo. Esta posibilidad de diferentes interpretaciones surge en razón de que el documento constitucional se halla determinado en su esencia pero indeterminado en relación con la realidad cualitativa de su existencia práctica.

Capítulo 8: LAS TÉCNICAS EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

"...La rama judicial (...) no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa. (...) Puede decirse ciertamente que no tiene fuerza de voluntad, sino sólo juicio..."²⁹

8.1. UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL

En la polémica del Carl Schmitt con Hans Kelsen, sobre el defensor de la Constitución, queda meridianamente expuesta la doble naturaleza del juicio de constitucionalidad, que a la vez que es político, en cuanto que examina el ejercicio del poder, o la forma específica del constreñimiento de los intereses de los individuos mediante un orden normativo, es jurídico, en razón de que el juez aplica el orden creado por el legislador para solucionar el conflicto de intereses, mediante estrictos procedimientos judiciales.³⁰

8.2. LOS VALORES CONSTITUCIONALES

El carácter axiológico de las normas, determina que para su intelección se

examinen los valores subyacentes en el documento constitucional, que constituyen la expresión del "deber ser" de los conceptos jurídicos y que generan un contenido adicional al núcleo normativo expuesto en el texto, que impregnan la totalidad del ordenamiento, enlazándose en una compleja red de interrelaciones, en especial cuando se refieren a la consagración y preservación de los Derechos Fundamentales³¹.

8.3. CRITERIOS E INSTRUMENTOS INTERPRETATIVOS

Para desarrollar la interpretación constitucional se hace necesario también estructurar ciertos criterios hermenéuticos derivados de los principios, que permitan auscultar ordenadamente el material normativo objeto de análisis, como las garantías de eficacia de las libertades y derechos fundamentales que deben interpretarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el respeto al contenido esencial de los mismos, la aplicación subsidiaria de los principios generales del Derecho y el respeto a la discrecionalidad política del legislador.

Capítulo 9: LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

"...Sea, pues, la retórica la facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble..."³²

9.1. DECISIÓN Y MOTIVACIÓN

La decisión judicial obtenida a través del proceso hermenéutico requiere ser expuesta para convocar el consenso social sobre su legitimidad y conformidad con el ordenamiento jurídico, en particular con la norma constitucional, proceso cuya fase argumentativa es un desarrollo necesario y consecuente de la fase interpretativa en el decurso del método jurídico.

9.2. LA RETÓRICA O EL ARTE DE LA ARGUMENTACIÓN

El medio sobre el cual fluye la motivación de las sentencias judiciales es la retórica

o arte de la argumentación, que procura los medios persuasivos para cada caso, tendentes a provocar y acrecentar la adhesión del auditorio a aquellos que "intentan inquirir y resistir a una razón, defenderse y acusar"³³.

9.3. LA NUEVA RETÓRICA

La antigua retórica, creada por Empédocles, elaborada por Gorgias y sistematizada por Aristóteles, después de haber llegado al pináculo en el mundo grecorromano en las obras de Cicerón y de Quintus Hortensius, conocido como Quintiliano, como síntesis de la elocuencia, degeneró por el uso abusivo a partir del siglo XVI, al castrársele su contenido filosófico, hasta verse circunscrita al estudio de las figuras de estilo, al simple uso de la elocuencia y el adorno en el lenguaje, dentro del Trivium, que conformaba junto con la gramática o arte de hablar bien y la dialéctica, el arte del correcto razonar.

9.4. LA RETÓRICA CONSTITUCIONAL

Cuando el discurso versa sobre la interpretación de la Constitución, bien sea cuando colisionan entre sí sus distintas disposiciones, en especial las relativas a los derechos fundamentales, el asunto debe resolverse apelando a los principios, para superar las zonas grises de indeterminación, en procura de una solución correcta, construyéndola a partir de una argumentación racional.

II) Segunda Parte:

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la segunda parte se analizará el sistema de derechos que los ciudadanos de una nación ostentan frente al Estado, emanados directamente de la norma fundamental, como garantía de la realización de la dignidad humana, del ejercicio de la libertad y de la concreción de la igualdad.

Capítulo 10: LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

« Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes. »³⁴

10.1.- EL PUEBLO ES SOBERANO

Reunida ante la fortaleza prisión de la Bastilla el 14 de julio de 1789, la multitud que la asedia y toma, no sólo notifica a Luis XVI y sus Estados Generales que el Tercer Estado, controlado por la nueva clase burguesa, ha asumido la conducción de un proceso revolucionario, sino que el centro gravitacional del poder, se había trasladado del rey al pueblo, y que de ahora en adelante la soberanía reside en la Nación.

10.2.- UNA GUÍA PARA LA CONSTITUCIÓN

Nacional, los derechos del pueblo a menudo eran ignorados, algunas veces sacrificados, e incluso violados; conmina al legislador para que los tome en cuenta para evitar las conmociones terribles que causaría al Estado el olvido de la justicia que la sociedad debe a su miembros infortunados.

10.3.- LA DECLARACIÓN O EL CONSENSO EN TORNO DE LA PROPIEDAD

La Declaración finalmente adoptada en 1789, destinada a encabezar la Constitución, después de siete días de debate se expide como un texto abierto, susceptible de ser perfeccionado, producto de una ingente labor conciliadora, el cual adquiere pronto un carácter simbólico y mítico, de valor universal y carácter inmanente, situada en el umbral del texto positivo y de un conjunto de valores es dirigida a la totalidad de los hombres y de los ciudadanos, convoca a la totalidad de los miembros del cuerpo social sin exclusiones, asume el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil como un decurso natural ya que la igualdad jurídica corrige las desigualdades naturales, razón por la cual se proscriben toda clase de privilegios, no obstante que al desarrollar este concepto se aceptan discriminaciones por razón de sexo, como restricciones a la libertad personal y política de las mujeres, o diferencias por la capacidad económica de los individuos al establecer el voto censitario.

Capítulo 11: LOS DERECHOS HUMANOS

«...tener gentes a sueldo para que mueran o maten parece que implica un uso del hombre como mera máquina en manos de otro, lo cual no se compadece con los derechos de la humanidad en nuestra propia persona.»³⁵

11.1.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como consecuencia de las masacres cometidas durante las dos conflagraciones mundiales del siglo XX, se estableció la necesidad de que el organismo supranacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), recién constituida para procurar la preservación de la paz, promulgara una Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París, el 10 de diciembre de 1948, que vincula a los Estados asociados a su respeto y acatamiento, para lo cual toma por tales, los derechos previos a la constitución del poder y del derecho positivo; esto es, derechos naturales derivados de la naturaleza humana pero con preservación jurídica, los cuales se imponen sobre la soberanía estatal; son, por tanto, límites a la acción del Estado, dotados de acción para su cumplimiento.

11.2.- EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN

Con la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, aprobada en la novena conferencia internacional americana de Bogotá, Colombia, en 1948, los países del nuevo continente se dotaron de un instrumento de garantía y protección de los Derechos Humanos, compuesto de treinta y ocho artículos, divididos en dos capítulos, el primero contentivo de los Derechos; el segundo de los Deberes, precedidos de un Preámbulo.

11.3.- EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN

El sistema europeo se construye a partir de la CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita el 4 de noviembre de 1950, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, tiene como fundamento la Carta Europea de Derechos Humanos, propiciada por el Congreso de Europa realizado en La Haya, en el mes de mayo de 1948.

11.4.- EL SISTEMA AFRICANO DE PROTECCIÓN

LA CARTA AFRICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, denominada Carta de Banjul, adoptada el 27 de junio de 1981 en Nairobi, Kenya, en la XXVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, estableció para vigilancia, observancia e implementación a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

11.5.- EL BRAZO EJECUTOR.

El 17 de julio de 1998, ciento sesenta naciones reunidas en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, reunida en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, con el objeto de establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, para juzgar a individuos acusados por ofensas graves de interés global, como genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, aprobaron el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Capítulo 12: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

«Ningún hombre puede transferir o despojarse de su derecho de protegerse a sí mismo de la muerte, las lesiones o el encarcelamiento»³⁶

12.1.- REMANENTES DEL ESTADO DE NATURALEZA

El reducto de poderes que el individuo ostenta frente al Estado, intransferidos por el Pacto Social, ha ocupado a los filósofos políticos desde que Thomas Hobbes publicara su célebre tratado sobre la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, bajo la denominación de Leviathan.

12.2.- DERECHOS CON GARANTÍA REFORZADA

El constitucionalismo moderno se plantea dos problemas centrales, como son la garantía a los derechos, esto es la forma concreta de expresión del ejercicio de la

libertad y la organización del poder, o sea, la forma específica de gobierno que permite el ejercicio de las libertades preconizadas, en razón a que la Constitución, como norma fundamental de garantía, parte de reconocer la existencia de derechos anteriores y superiores, que preceden a la existencia misma del Estado³⁷.

12.3.- DERECHOS CON ACCIÓN VINCULANTE

El resurgimiento de la nación alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, introduce a la regulación sobre los Derechos Fundamentales, los instrumentos que hacen imposible su desconocimiento por el poder legislativo ordinario, esto es, las acciones indispensables para establecer un procedimiento de control abstracto e incidental de constitucionalidad, incorporándolos, por tanto, al ordenamiento jurídico en general, de tal manera que sus contenidos vinculan a la totalidad de los poderes públicos, entre ellos al legislativo, que sólo puede regularlos, pero sin afectarlos en su contenido esencial, mediante la expedición de una ley.

12.4.- DERECHOS CON CUSTODIO CONSTITUCIONAL

Ha correspondido al Tribunal Constitucional Federal Alemán, con sede en Karlsruhe (Badem-Württemberg), desde su fundación el 12 de marzo de 1951³⁸, la tarea de guardián especializado de los Derechos Fundamentales, como máximo órgano de solución de litigios constitucionales, mediante decisiones vinculantes, inimpugnables, con fuerza de ley objetiva en los casos particulares, y que son obligatorias para todos los poderes públicos.

12.4.1.-DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL

i) Protección de la vida:

ii) Protección a la integridad personal:

12.4.2.-DERECHO A LA LIBERTAD

i) La libertad:

ii) El libre desarrollo de la personalidad:

iii) La libertad de Opinión :

iv) La libertad de reunión :

v) La libertad de cultos:

vi) La libertad sindical y de asociación:

12.4.3.-DERECHO A LA IGUALDAD

12.4.4.-DERECHO A LA SEGURIDAD

i) La seguridad personal.

ii) La seguridad jurídica:

iii) Separación de poderes y control constitucional:

iv) El debido proceso:

12.4.5.-DERECHO A LA PROPIEDAD

Capítulo 13: EL CONTENIDO Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

«Es preciso que el demos luche por su nomos como lucha por sus murallas»³⁹

13.1.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Robert Alexy, en su obra prologada en Gotinga en noviembre de 1985⁴⁰, desde una perspectiva integrativa pluridimensional, procura construir una teoría estructural y analítica de los Derechos Fundamentales, para lo cual toma como punto de partida las líneas directrices identificadas por Böckenförde,

complementadas con la impronta normativa de la Constitución de Weimar y la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán.

13.2.- EL CONTENIDO ESENCIAL

La concepción nuclear de los Derechos Fundamentales, según la cual éstos se expresan por medio de una esfera exterior, cuya naturaleza es la de un derecho subjetivo, reconocido por el ordenamiento jurídico; por tanto, susceptible de interferencia estatal por medio de mecanismos de regulación, que a su vez contienen un núcleo irreductible, con naturaleza de "*status*", oponible al "*imperium*" del Estado, que imponen reconocer al ciudadano el ejercicio del derecho de resistencia frente a cualquier vulneración, bien sea mediante acciones extraordinarias y especiales, de naturaleza jurídica, como acontece con las modernas acciones de amparo o de tutela, con la defensa del orden constitucional del artículo 20, numeral 4 de la Ley Fundamental de Bonn, cuando señala **"A falta de otro recurso, todos los alemanes tienen derecho de resistencia frente a cualquiera que trate de derribar el orden constitucional"**⁴¹; o de naturaleza fáctica, como lo son el tiranicidio en Tomás de Aquino, quien dice **"Pues entonces quien mata al tirano para la liberación de la patria, es alabado y recibe un premio"**⁴², la resistencia hobbesiana, y el derecho de resistencia a la opresión en la Declaración de 1789.

13.3.- LA PERIFERIA DÚCTIL

Corresponde a la esfera exterior del Derecho Fundamental asumir los efectos de la actividad estatal que lo delimita y establece su contenido, y en consecuencia lo determina, concreta, configura o regula y en múltiples ocasiones lo restringe limitando su ejercicio, esto es, relativizando su contenido.

13.4.- LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La norma de derecho fundamental que instituye el derecho, ha de ser una norma válida y con fuerza vinculante, esto es, de derecho positivo que se expresa como un mandato, regla o prescripción emitida por el poder constituyente por cuanto pertenecen al fundamento mismo del Estado y, por tanto, se enuncian como principios que han de ser reconocidos por la Constitución y desarrollados por el legislador.

Capítulo 14: INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

«Pues lo que a cada Polis le parece justo y bello, efectivamente lo es para ella, mientras tenga el poder de legislar.»⁴³

14.1.- LA INTERPRETACIÓN "IUSFUNDAMENTAL"

La interpretación de los Derechos Fundamentales es una parte de la interpretación constitucional y como tal sigue los delineamientos metodológicos de la hermenéutica jurídica general, esto es, el sistema de métodos y técnicas de intelección de los textos normativos.

14.2. - LA TÉCNICA DE PONDERACIÓN

Desde el punto de vista de la intelección de las normas que instituyen Derechos Fundamentales, en razón de que ellas se presentan de manera abstracta, abierta y con un alto contenido ideológico, dada la naturaleza valorativa que encierran sus principios, la auscultación de su significado y alcance requiere rigurosos procedimientos racionales cimentados epistemológicamente en postulados del método teleológico, que conduzcan a una decisión que respete no sólo el texto normativo, sino que se vincule a la tradición doctrinaria y a los precedentes judiciales, pero que además sean sustentables mediante argumentos convincentes para el cuerpo de juristas y preserven la seguridad jurídica, ya que cada decisión en ejercicio del control de constitucionalidad tiene vocación para erigirse en paradigma de la solución de casos similares, lo cual conduce a deferir la interpretación, la decisión y la argumentación al Tribunal Constitucional, por cuanto, como lo señala Alexy: **"sólo dentro del marco de un sistema jurídico, la razón práctica, que vincula la argumentación y la decisión de manera racional, puede lograr su realización."**⁴⁴

14.3.- LA TÉCNICA DE LA PROPORCIONALIDAD

Dado que los Derechos Fundamentales se estatuyen para tener eficacia y que su núcleo esencial es intangible, ha de tenerse en cuenta que la interdicción del exceso, bien sea por vía legislativa o de interpretación, implica que en ningún caso ésta deba hacerse desconociendo eficacia total a uno de los principios que entran en colisión, esto es que en todo caso los dos principios han de aplicarse amoldándose para coexistir, procurando la obtención de los fines legítimos perseguidos por el Estado con el mínimo de interferencia, haciendo una evaluación racionalmente

balanceada entre la gravedad de la intervención y las razones que la justifican, desplegando la "ponderación" con un criterio de "proporcionalidad"⁴⁵.

Capítulo 15: EL PROTECTOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisprudencia tiene por objeto, el derecho positivo : (...), esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos.⁴⁶

15.1.- TRIBUNOS DE LA PLEBE

Dentro de la función de garantía del cumplimiento y prevalencia de la Constitución, los Tribunales Constitucionales, como intérpretes supremos y custodios de la norma objetiva emanada del poder constituyente, son llamados a velar por la sujeción de todos los poderes públicos al *nomos* fundamental, en especial al primero de ellos, que es el desarrollo de la libertad, de tal manera que "la libertad de cada uno sea compatible con la de los demás."⁴⁷

15.2.- CUSTODIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir de la polémica Carl Schmitt y Hans Kelsen, en la década de los veinte del siglo veinte, sobre el custodio de la Constitución, quedó dilucidada la forma colegiada y judicial del guardián de la norma fundamental, instituido como un Tribunal especial, al cual entre de sus funciones se le ha otorgado la prevalente condición de defensores de los Derechos Fundamentales, considerado no sólo como principios inspiradores de toda la normatividad sino como derecho directamente aplicable, que vincula a todos los poderes públicos, constituyéndose en elementos esenciales de la estructuración del llamado Estado social de Derecho.

Dentro de estos lineamientos, se han instituido los principales Tribunales Constitucionales europeos, a saber:

15.2.1.- EL TRIBUNAL AUSTRIACO.

15.2.2.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.

15.2.3.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO.

15.2.4.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

III. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

ACOSTA SÁNCHEZ, José. Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

AJA, Eliseo. Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual (compilación). Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

ALARCÓN, Carlos. Validez, lógica y derecho. UEC, Bogotá, 1999.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. CEPC, Madrid, 2001.

° Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

° El Concepto y la Validez del Derecho. Editorial Gedisa, Barcelona, 1994.

° Teoría del Discurso y Derechos Humanos. UEC, Bogotá, 1995.

ALONSO GARCÍA, Enrique. La Interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. UEC, Bogotá, 1999.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Algunas consideraciones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. En Estudios de Derecho Público en homenaje de JUAN JOSÉ RUIZ-RICO, editorial Tecnos, Madrid, 2000.

ARBOS, Xavier. La ponderación de intereses en la jurisprudencia del tribunal supremo de los Estados Unidos. En Estudios de Derecho Público en homenaje de JUAN JOSÉ RUIZ-RICO, editorial Tecnos, Madrid, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico. Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BALDASARRE, Antonio. Los derechos sociales. UEC, Bogotá, 2001.

BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 2001.

BLANCO VALDÉS Roberto. El Valor de la Constitución. Alianza Universidad, Madrid, 1994

BETTI, Emilio. La Interpretación de la Ley y los Actos Jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
ESPIN TEMPLADO, Eduardo y otros. La justicia constitucional en el Estado democrático. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

CANOSA USERA, Raúl. Interpretación Constitucional y fórmula política. CEC, Madrid, 1998.

CALVO GARCÍA, Manuel. Los Fundamentos del Método Jurídico, Una revisión crítica. Tecnos, Madrid, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas. Civitas, Madrid, 1995.

° El sistema en la jurisprudencia. Fundación cultural del notariado, Madrid, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, 1989.

CASANOVAS Pompeu - MORESO José Juan, y otros. El ámbito de lo jurídico. Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1994.

CODERCH, Pablo Salvador. El Derecho de la Libertad. CEC, Madrid, 1993.

CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA. Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA. Imprenta patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, año de MDCCCXI, Santafé.

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Edición del Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1987.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE SANTANDER. Gaceta del Departamento, Pamplona, 1857.

CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, de 1869 y de 1878; recopilación de Federico Trabuco. Universidad Central, Quito, 1975.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886. Editorial Temis, Bogotá, 1980.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1968. Bogotá. Diario Oficial 32673, del 17 de diciembre de 1968.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991. Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- COPI Irwing M, COHEN Carl. Introducción a la lógica. Editorial Limusa, México, 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencias de la Corte. CDR, Escuela Judicial-CSJ, Bogotá 2000.
- CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Forum, Bogotá, 1995.
- DE ESTEBAN, Jorge. Curso de derecho constitucional español. Rumagraf, Madrid, 1993.
- DE LORA DEL TORO, Pablo. La interpretación originalista de la Constitución. CEPC, Madrid, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Estado, Derecho y luchas sociales. ILSA, Bogotá, 1998.
- DREIER, Ralf. Derecho y Justicia. Monografías Temis, Bogotá, 1987.
- DUGUIT, Léon. Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, collationnées sur les textes officiels, précédées de notices historiques et suivies d'une table analytique détaillée. Librairie générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1932.
- DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Traducción de LAW'S EMPIRE, Cambridge, Harvard University Press, 1986, por Alcudia Ferrari, Barcelona, 1992.
- ° Los Derechos en serio. Traducción de Taking Rights Seriously, Cambridge, Harvard University Press, 1977, realizada por Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989
- ESPIN TEMPLADO, Eduardo y otros. La justicia constitucional en el Estado democrático. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.
- FAVOREU, Louis Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho. UEC- IEC-CRP, Bogotá, 2000.
- FAVOREU, Louis y otros. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. CEC, Madrid, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi y otros. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FROSINI, Vittorio. La letra y el espíritu de la ley. Ariel Derecho, Barcelona, 1995.
- GAONA CRUZ, Manuel. Aspectos del Control Constitucional en Colombia, UEC, Bogotá, 1984.
- Intervención ante el Simposio Aspectos del Control Constitucional en Colombia. UEC, Bogotá, 1984.
- Salvamento de voto, sentencia del 26 de noviembre de 1980, Corte Suprema de Justicia, Acción Popular contra el Decreto 3266 de 1979. Relatoría de la CSJ.
- La Justicia, 6 de noviembre, Bogotá, 1986.
- GARCÍA COUSO, Susana. El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad. CEPC, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. R.E.D.A número 61, Madrid, 1989.
- ° Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - MENÉNDEZ MENÉNDEZ Aurelio. El Derecho, la Ley y el Juez. Dos Estudios. Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- GARRORENA MORALES, Ángel. La Sentencia Constitucional. Revista de Derecho Político, número 11, Madrid, 1981.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El concepto de estabilidad en los sistemas políticos. CEC, Cuadernos y debates, Madrid, 1987.

- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. CEC, Madrid, 1994.
- GAVIRIA TRUJILLO, César. Discurso Presidencial del 7 de agosto de 1990.
- GIMENO PRESA, Maria Concepción. Interpretación y Derecho. UEC, Bogotá, 2001.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Marcos. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa. CEPC, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ, José. Comunidad Jurídica y experiencia interpretativa. Ariel Derecho, Barcelona, 1992
- GUASTINI Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa editorial, Barcelona, 1999.
- ° Interpreti autorizzati, autentici e abusivi. Sociología del diritto, 4, pp 175-179.
- ° El derecho como lenguaje, el lenguaje del derecho, -Perspectivas en la filosofía del derecho. Univesitat de les illes Balears, Palma de Mallorca, pp 543-533.
- ° Problemi di analisi lógico delle decisioni costituzionali. Analisi e diritto, Torino, pp 77-98.
- ° Reflexion sur les gaanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation. Revue du droit public et la de la science politique en france et á l'étranger, CVII, pp 1079-1087.
- HABERMAS, Jürgen. Contribuciones al Discurso sobre la teoría de la Ley y la Democracia, UEC, Bogotá, 1997.
- ° Facticidad y validez, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 2001.
- HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. Traducción de The Concept of Law, Oxford University Press, 1961, por Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- ° Kelsen y la doctrina de la unidad del derecho, IJ, México, 1974.
- ° Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Uniandes, Bogotá, 1997.
- HART HLA-DWORKIN, Ronald. La Decisión Judicial. Uniandes. Santafé de Bogotá, 1997.
- HATTENHAUER Hans. Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Ariel, Barcelona, 1987.
- HEGEL, Guillermo Federico. La Constitución de Alemania. Editorial Aguilar, Madrid, 1972.
- IGLESIAS VILA, Marisa. El problema de la discreción judicial. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- JERS Edward. El Derecho inglés. Editorial Reus, Madrid, 1930.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Derechos Fundamentales. Concepto y garantías.
- KALMANOVITZ, Salomón. Los efectos económicos de los fallos de la Corte, Banco de la República, Bogotá, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. La filosofía del Derecho. Bogotá, 1999.
- ° La Filosofía del derecho en la postmodernidad. Monografías jurídicas. Temis, Bogotá, 1998.
- KELSEN, Hans y KLUG Ulrich. Normas jurídicas y análisis lógico. Prólogo de Eugenio Bulgin. CEC, Madrid, 1998.
- KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, 3ª edición; la primera edición en alemán, data de 1929 (Berlín).
- Escritos sobre la democracia y el socialismo. Editorial Debate, Madrid, 1988.
- La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. Anuario Jurídico número 1 de 1974, México, 1958.
- KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Uniandes, Bogotá.
- LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, 1980.
- LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LOCKE, John. Tratado del Gobierno Civil. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1965.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Ariel Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.

- LORCA NAVARRETE, José F. Derechos Fundamentales y Jurisprudencia. Ediciones Pirámide, Madrid, 1999.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional. CEPC-BOE, Madrid, 1998.
- MACKORMICH, Neil. Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico; derecho y moral, Gerónimo Bertegón (editor). Ariel, Barcelona.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M. Lógica para Juristas. Bosch, Barcelona, 1978.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel. Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional. Ariel Derecho, Barcelona, 1988.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales. Mac Graw Hill, Madrid, 1996.
- MENDES FRANCE, Pierre. La República Moderna, Ediciones Aguilar, Madrid, 1963.
- MORESO, José Juan. La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. CEPC, Madrid, 1997.
- NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- PANCAKE John S. Thomas Jefferson, Revolucionario y Filósofo. Ediciones 29, Barcelona, 1976.
- PARK, John James. Los dogmas de la Constitución. Ediciones Istmo, Madrid, 1999.
- PERALTA, Ramón. La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado. Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- PERELMAN, Chaim. La lógica jurídica y la retórica. Civitas, Madrid, 1979.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos Fundamentales Editorial Tecnos, Madrid, 7ª edición, 1998.
° La Seguridad Jurídica. Ariel derecho, Barcelona, 1991.
- PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Séptima edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.
° La reforma de la Constitución. Publicación del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.
- PÉREZ TREMP, Pablo. La admisión de los procesos constitucionales. Algunas consideraciones de derecho comparado. En Estudios de Derecho Público en homenaje de JUAN JOSÉ RUIZ-RICO, editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- PETEV, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del siglo XXI. UEC. Bogotá, 1996.
- PIBERNART DOMÉNECH, Xavier. La sentencia constitucional como fuente del derecho. Madrid, Revista de Derecho Político, número 24, 1987.
- POMBO Manuel Antonio y GUERRA José Joaquín. Constituciones de Colombia. Ediciones Biblioteca Banco Popular, volumen 127, Bogotá, 1986.
- PRIETO SANCHIZ, Luis. Sobre Principios y Normas. Problemas del razonamiento jurídico. CEC, Madrid, 1992.
- RAWLS, John. Justicia como equidad-Teoría de la Justicia. FCE, México, 1978 y Tecnos Madrid, 1996.
° Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica, Segunda edición, 1997.
° Liberalismo Político, Barcelona, 1996.
- RECASENS SICHES, Luis. Nuevas filosofías de interpretación del derecho. Porrúa, México, 1980.
- REQUENA LÓPEZ, Tomas. Sobre la Función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución. Editorial Comares, Granada, 2001.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones de la Primera República Liberal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, tomo 1.
· Intervención ante el Simposio Aspectos del Control Constitucional en Colombia. UEC, Bogotá, 1984.
- REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, números 54 a 104.

- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, número 55 a 80.
- REVISTA CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, número 7.
- REVISTA DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho. Universidad de Alicante, 1997.
- REVISTA DERECHO COLOMBIANO. Bogotá, ediciones de 1991 a 2001.
- REVISTA FORO COLOMBIANO. Bogotá, ediciones de 1991 a 2001.
- REVISTA GACETA JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia, Bogotá, ediciones de 1991 a 2001.
- REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Editorial Legis. Bogotá, ediciones de 1991 a 2001.
- REVISTA TUTELA. Editorial Legis, Bogotá, ediciones de 1991 a 2001.
- REY MARTÍNEZ, Fernando. La Propiedad Privada en la Constitución Española. BOE-CEC, Madrid, 1994.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. Los Tribunales militares. Ediciones 6 de noviembre, Bogotá, 1986.
· Últimas Palabras del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, transmitidas por la radio el 11 de noviembre de 1985, desde el Palacio de Justicia.
- ROBESPIERRE Maximilien Marie Isidor. La Revolución Jacobina. Editorial Nexos, Barcelona, 1962.
- RODOTA, Stefano. El Terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada. Civitas, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ César. La decisión judicial- El debate HART-DWORKIN. Siglo del hombre editores, Uniandes, Bogotá, 1997.
- RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. La Antigua Provincia del Socorro y la Independencia. Biblioteca de Historia Nacional, Volumen XCVIII, Bogotá, 1963.
- ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. BIEFDP, México, 1997.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. La Forma del Poder. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Editorial Ariel, Barcelona, 1975.
- RUIZ-RICO, Juan José. La Constitución Española en la teoría y en la práctica: Algunas consideraciones desde la perspectiva de un juez. En Estudios de Derecho Público en homenaje de JUAN JOSÉ RUIZ-RICO, editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- SAGÜEZ, Néstor Pedro, La Interpretación judicial de la Constitución. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 1998; la primera edición en alemán, data de 1929 (Berlín).
- SCHMILL, Ulises. Lógica y derecho. BEFDP, México, 1997.
- SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- SMITH, Adam. Lecciones sobre Jurisprudencia. Editorial Comares, Granada, 1995, 1ª edición en español.
- SIEYES Emmanuel, ¿Qué es el tercer Estado? Alianza Editorial, Madrid, 1994.
· Escritos y Discursos de la Revolución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1960.
- SCHWARZ, B. La Corte Suprema de los Estados Unidos. FCE, México, 1971
- THOMAS Y VALIENTE, Francisco. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. CEC, Madrid, 1993.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA- STC-

URIBE VARGAS Diego, Las Constituciones de Colombia. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1977.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. Metodología de la determinación del derecho, editorial Cento de Estudios Ramón Areces, S.A.-Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

VATTIMO Gianni y otros. Hermenéutica y racionalidad. Editorial Norma, Bogotá, 1994.

VILLACORTA MANCEBO, Luis. Derecho constitucional y método: Algunas consideraciones desde la perspectiva de la teoría estructuradora de normas. En Estudios de Derecho Público en homenaje de JUAN JOSÉ RUIZ-RICO, editorial Tecnos, Madrid, 2000.

WALTER, Robert y otros. Problemas centrales de la teoría pura del derecho. Traducción de Luis Villar Borda. UEC, Bogotá, 2001.

WILHELM, Walter. La Metodología Jurídica del siglo XIX. Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1980.

WROBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. Editorial Civitas, Madrid, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia. Editorial Trotta, Madrid, 19

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 PLATÓN, La República o de lo Justo, Editorial Porrúa, México, 1998, página 518

2 SIEYÉS, Emmanuel, Escritos y Discursos de la Revolución, Carta a Thomas Paine del 16 de julio de 1791, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1960, página 210.

3 Vid. SCHMITT, Carl; op. cit., página 28.

4 "Las declaraciones de derechos de Francia y América no son sino una sola y misma cosa desde el punto de vista de los principios y, casi, de la expresión; y es ahí donde defenderé el republicanism contra lo que se llama monarquía y aristocracia" PAINE, Thomas, Carta a E. Sieyés, del 8 de julio de 1791, en SIEYÉS Emmanuel. Escritos y Discursos de la Revolución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1960, página 206.

5 KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, página 139.

6 Vid. Constitución Española (1978), artículo 9.1: "Los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949), dispuso en el numeral 2 del artículo 20: "El poder Legislativo está vinculado al orden constitucional; el Poder Ejecutivo y el Judicial están sujetos a la Ley y al derecho"; La Constitución Política de Colombia (1991), el inciso segundo del artículo 2º, dispone "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

7 En el caso *Ware vs Hylton*, fallado en 1796 la Corte de los Estados Unidos anuló una Ley del Estado de Virginia por ser violatoria de un tratado internacional de los Estados Unidos, lo que constituyó un primer precedente de la revisión judicial de la legislación; posteriormente, en la sentencia del caso del negro *Dred Scott vs Sandford* en 1857, se anuló una ley federal declarando inconstitucional el "Compromiso Missouri" que declaraba emancipados a los esclavos que pasaban a un Estado libre. Vid. ACOSTA SÁNCHEZ, José. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, editorial Tecnos, Madrid, 1998, página 110.

8 KELSEN, Hans. Escritos sobre la democracia y el socialismo, Madrid, Editorial Debate, 1988, página 151.

9 Vid. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, 3ª edición, página 73 y s.s.; la primera edición en alemán, data de 1929 (Berlín).

10 CONSTITUCIÓN DE AUSTRIA de 1920, artículos 137 a 148, en Constituciones de los Estados de la Unión Europea, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, páginas 93 a 98.

11 SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, página 213; la primera edición en alemán, data de 1929 (Berlín).

12 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FRANCESA de 1958, artículos 56 a 63, Constituciones de los Estados de la

Unión Europea, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, páginas 243 y 244.

13 *Ibidem*, página 244.

14 PLATÓN. La República o De Lo Justo, Editorial Porrúa, México, 1998, página 518

15 KELSEN, Hans. Teoría General del Estado, Editora Nacional, México, 1965, página 327.

16 Vid. GÓMEZ SERRANO, Laureano. Epiciclos. Apuntes sobre filosofía de la ciencia. UNAB, Bucaramanga, 1994, página 12 y s.s.

17 Vid. GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método, ediciones Sígueme, Salamanca, 1996, página 390, quien señala: "En su análisis de la *epieikeia*, la <equidad>, Aristóteles da a esto una expresión muy precisa: *epieikeia* es la corrección de la ley. Aristóteles muestra que toda ley se encuentra en una tensión necesaria respecto a la concreción del actuar, porque es general y no puede contener en sí la realidad práctica en toda su concreción."

18 IHERING; Rudolf von. El Espíritu del Derecho Romano, Oxford University Press, México, 2001, volumen 3, página 483. (También existe una edición de la obra de Editorial Revista de Occidente, de Argentina, de Buenos Aires, 1947; sin embargo se cita la edición de OUP).

19 CARNELUTTI, Francesco. Metodología del derecho, Librería del profesional, Bogotá, 1979, página IX.

20 Del griego, "logos", tratado o explicación, y "odos", camino; y del latín "meta", fin de las acciones.

21 JUSTINIANO. Cuerpo de derecho civil romano, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1892, Instituta.

22 Paratitlos, Paratitla, acusativo plural. Palabra bárbara de que sirvió Justiniano para permitir hacer resúmenes o sumarios de las leyes contenidas en cada título del Digesto y del Código.

23 *Ibidem*, Código, 1,17,2,21.

24 SMITH, Adam. Lecciones sobre Jurisprudencia, Editorial Comares, Granada, 1995, primera edición en español, página 37.

25 Digesto 1,2,5. Cuerpo de Derecho Civil Romano, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889

26 Vid. DE LA MARNIERRE, Edmond Sallé. Éléments de Méthodologie Juridique, Librairie du Journal des otaires et des Avocats, París, 1976, página 133 s.s.

27 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Principios de la Filosofía del Derecho, Editorial Edhasa, Barcelona, 1999, página 418; y en Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1975, página 322.

28 Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua, Madrid, 1970. Discreción, del latín *discretio*, sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar; Discrecional, adjetivo, que se hace libre y prudencialmente.

29 HAMILTON, Alexander. El Federalista 78, B. Write, 1961. The Federalist Papers by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, introduction and commentary by Garry Wills, Bantan Classic edition, New York, february 1982.

30 VID. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 18 y ss.; y en WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, página 112 y ss.; y CALAMANDREI, Piero. Corte Constitucional y autoridad judicial, Revista de Derecho Procesal, Roma, 1956, página 7, donde señala que: "Derecho y política son en esencia una misma cosa"

31 Vid. ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Siglo del Hombre editores, U de A, Bogotá, 1997, página 99, en especial la Doctrina de los "preferent freedoms" del derecho norteamericano, en el caso *United States vs Carolene Products. Co*, fallado en 1938 por el magistrado Stone, en una disputa sobre libertad de comercio interestatal, que genera dos grupos de derechos defendibles constitucionalmente, los preferentes y los que demandan una inconstitucionalidad manifiesta.; esta se reafirma en el caso de *Thomas vs. Collins*, fallado en 1945, anulando una ley de Texas que demandaba el registro de los sindicalistas que pretendiesen actuar en el Estado.

32 ARISTÓTELES. Arte Retórica, 2, editorial Porrúa, México, 1999, página 86.

33 ARISTÓTELES, . Arte Retórica, 2, editorial Porrúa, México, 1999, página 83.

34 Vid. FAURÉ, Cristina. Las Declaraciones de los derechos del hombre de 1789. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Constitución francesa del 24 de junio de 1793, artículo trigésimo quinto, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, página 378.

35 KANT, Emmanuel. La Paz perpetua, editorial Porrúa, México, 1998, página 218.

36 HOBBS, Thomas. Leviathán , Editorial Sarpe, Madrid, 1983, Tomo I, página 148.

37 Vid. FIORVANANTI, Mauricio. Los Derechos Fundamentales, editorial Trotta, Madrid, 1996, página 130 y ss.

38 Ley sobre el Tribunal Constitucional Alemán, del 12 de marzo de 1951 (BGBl, 1951,243

39 HERÁCLITO DE ABDERA. Citado por TOMAS Y VALIENTE, Francisco, en Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, página 144.

40 ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003.

41 LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA, artículo 20, numeral 4.

42 DE AQUINO, Tomás. Comentarios a las Sentencias, libro 2 d.44 q. A.2. ad 5. , obra de juventud, cuando contaba con veinte años, en la cual dice: " *Tunc enim qui ad libertationem patriae tyrannum occidit, laudatur, et praemium accipit*", página 29.

En un escrito de su primera madurez, La Monarquía, editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 32, atempera su posición, suscitándose la polémica entre los paleógrafos traductores, sobre si el término utilizado para determinar la facultad de la sociedad para resistir al tirano es "*destruir*", como lo afirma Spiazzi, o "*destituir*" como lo asevera Uccelli, y pasa de la acción individual a la colectiva; sin embargo, al ejemplificar para ilustrar su texto, el aquinatense utiliza los casos de Tarquino el Soberbio, quien fue destituido y expulsado, y el de Domiciano, quien fue asesinado por el Senado, con lo cual denota que aún legitima estas dos posibles acciones.

En la Summa Teológica, editorial BAC, Madrid, 1957, obra de su plena madurez, en 1-2 q.96 a.4, señala el derecho de los súbditos a resistir las leyes injustas, para luego en 2-2 q.64 a.3, decir " *Es laudable que el hombre, aunque sea una persona privada, realice lo que es útil al bien común. Ahora bien, quitar la vida a los malhechores es útil al bien común, como se ha demostrado. Luego es laudable que incluso las personas privadas maten a los malhechores*", y en 2-2 q 64 a .4 considera legítima la posibilidad del homicidio en aras del "bien común", cuando señala " *matar al hombre pecador puede ser bueno, como matar una bestia, pues <peor es el hombre malo que una bestia, y causa más daño>, en frase de Aristóteles*".

43 PROTÁGORAS. En Protágoras y Gorgias, Fragmentos y testimonios, ediciones Orbis- Hispanoamérica ediciones, Buenos Aires, 1977, página 21.

44 ALEXI, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2002, página 554.

45 Vid. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Etimológicamente, Proporcionalidad, del latín *proportionalitas*, conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.

46 AUSTIN, John. El objeto de la jurisprudencia, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, página 33.

47 KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura, Alfaguara, Madrid, 1978, página 311.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS: PROGRAMAS PREVENTIVOS COMPARADOS DEL MALTRATO

AÍDA ELIA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS