

# PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

Ernesto REY CANTOR

SUMARIO: I. *Ámbito temático del principio de legalidad.* II. *El derecho constitucional procesal.* III. *Metodología a seguir.* IV. *Orígenes del principio de legalidad.* V. *La Carta Magna,* VI. *La representación. Concepto y evolución histórica.* VII. *El transplante a las colonias inglesas de Norteamérica.* VIII. *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia.* IX. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* X. *La internacionalización de los derechos humanos.* XI. *Las bases constitucionales del principio de legalidad.* XII. *El doble enfoque del principio de legalidad.*

## I. ÁMBITO TEMÁTICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD<sup>1</sup>

El principio de legalidad puede ser entendido de dos formas. La primera de manera genérica, como *principio de juridicidad*, esto es, sometimiento de los poderes públicos, y principalmente la administración, al derecho, a las normas jurídicas. La segunda en sentido estricto, sometimiento de los poderes públicos es la ley del Congreso, a la ley en sentido formal... la sujeción de los poderes públicos a la ley, entendiendo como tal a la norma jurídica producida por el Congreso de la República con el nombre de “ley”, una vez desarrolladas todas las etapas del procedimiento legislativo previstas en la Constitución y en la ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso, que es sancionada, promulgada y publicada por el presidente de la República.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez R., María Carolina, *Debido proceso y derechos humanos*, obra inédita.

<sup>2</sup> Sierra Porto, Humberto A., *Conceptos y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 156, 157 y 162.

El principio de legalidad será considerado en sentido estricto, es decir, los órganos de las ramas del poder público sometidos a la ley formalmente expedida por el legislador ordinario (el Congreso); por consiguiente, a las actuaciones judiciales y actuaciones administrativas se les aplicará el debido proceso reglado por ley expedida en esta forma, o sea, que los jueces y la administración deben observar plenamente dicha ley que defina tales actuaciones, a fin de cumplir con el artículo 29 de la Constitución.

El artículo 29 consagra un conjunto de instituciones, principios, valores que articulan el *debido proceso* como derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata (artículo 85 de la Constitución), en toda actuación judicial y administrativa, correspondiéndole su estudio al *derecho constitucional procesal*.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en esos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese y violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional.<sup>3</sup>

Este fenómeno político condujo a lo que constitucionalistas y procesalistas han denominado la *constitucionalización* del proceso. El primer procesalista con formación de constitucionalista Eduardo J. Couture, planteó las siguientes ideas revolucionarias: “Las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria,

<sup>3</sup> I. Junoy, Joan Pico, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José Maria Bosch editor, 1997, p. 17.

En Colombia, la reforma constitucional de los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso tiene un procedimiento especial contemplado en el artículo 377 de la carta el cual establece el deber de someter a referendo derogatorio el acto legislativo reformatorio, cuando así lo solicite un 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral, lo que garantiza la estabilidad y permanencia de las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales.

en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora”.<sup>4</sup>

Ideas revolucionarias porque relacionó el derecho procesal con los derechos humanos en el nivel de la normatividad constitucional. Desde esta perspectiva deben analizarse las instituciones procesales consagradas en los códigos de procedimiento, expedidos por ley ordinaria del Congreso o Parlamento. “...‘esa constitucionalización’ de las garantías y de algunos principios del debido proceso, llevaron a su aplicación cada vez más efectiva y a su sistematización por medio de la doctrina en la que tuvo tan importante papel nuestro maestro Eduardo J. Couture”.<sup>5</sup> Esta doctrina se denomina *derecho constitucional procesal*.

## 1. Nuestro concepto

“El derecho constitucional procesal es una rama del derecho constitucional que estudia los valores, principios garantías, categorías e instituciones procesales establecidos en la Constitución política”.<sup>6</sup> En efecto,

...el conjunto de *valores, principios, garantías, categorías e instituciones procesales* (consagrados en la Constitución) estructuran y conforman el *debido proceso*, en su órbita constitucional.

Como corolario de lo anterior podemos afirmar que el *derecho constitucional procesal* estudia el debido proceso, desde la perspectiva constitucional, de conformidad con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos.<sup>7</sup>

## 2. El principio de legalidad como elemento del debido proceso

El *principio de legalidad* será estudiado y analizado como elemento integrador del *debido proceso*,<sup>8</sup> para lo cual es indispensable y necesario

<sup>4</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 151.

<sup>5</sup> Véscovi, Enrique, “Principios constitucionales del proceso”, *Revista Uruguaya del Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 3, 1989, p. 301.

<sup>6</sup> Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001, p. 138.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 162 y 163.

<sup>8</sup> “...el debido proceso configura una garantía de otros principios y derechos, toda vez que salvaguarda la *primacía del principio de legalidad*...”, Corte Constitucional, Sentencia C-383/2000.

(desde el punto de vista metodológico) buscar el origen y los antecedentes jurídico-políticos de este derecho fundamental en la historia del derecho público, con el objeto de verificar su consagración en las cartas políticas medievales, las Constituciones políticas, así como también su reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos, a fin de establecer su aplicabilidad y efectividad en el derecho sancionatorio —en especial en algunas de sus ramas— como son el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, y en el derecho procesal.

Por lo tanto, nos corresponde definir a continuación el debido proceso.

### 3. *Debido proceso. Nuestra definición*

El debido proceso se define como un conjunto de principios y reglas de procedimiento preestablecidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, en la Constitución política, la ley o el reglamento, que la autoridad competente debe observar plenamente, en la actuación legislativa, judicial o administrativa, a fin de garantizar eficazmente con justicia los derechos de la persona humana, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional de los derechos humanos con efectos jurídicos vinculantes.<sup>9</sup>

Como se podrá inferir, uno de los *principios* que conforman e integran el concepto de debido proceso es el de *legalidad*; construyendo la fórmula: *principio de legalidad*.

## III. METODOLOGÍA A SEGUIR

En primer lugar, históricamente enunciaremos los textos normativos que reconocen el principio de legalidad; en segundo lugar, citaremos los doctrinantes extranjeros y nacionales que se ocupan de su estudio; en tercer lugar, verificaremos la consagración del principio en la Constitución política de 1991 y; en cuarto lugar, la contribución de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional colombiana.

<sup>9</sup> Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, nota 6, pp. 162 y 163.

#### IV. ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El tratadista español Francisco Puy Muñoz advierte que:

...no hay ninguna constante en la evolución del principio: a veces se alarga y a veces se acorta; a veces se extiende y a veces se reduce; a veces se aplica a sólo un campo jurídico, a veces a varios cerrados y a veces a todo el reino del derecho. Y eso ocurre simplemente por conveniencia de la *lid* concreta. No se vislumbra un cambio regular de las formas de entender el principio, ni tampoco una regla de tal cambio.<sup>10</sup>

El precitado autor se remonta al derecho romano buscando el origen del principio de legalidad.

En el derecho romano encontramos en la obra del Digesto de Justiniano, el siguiente texto: “No se irroga más pena que la que una ley u otro derecho impone especialmente para cada delito” (*poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*).

En efecto, la ley es la que describe el delito y establece la pena.

Según el procesalista chileno Alex Carocca Pérez, “La doctrina mayoritaria está conteste en sostener que esta fórmula es equivalente a la garantía elaborada por el derecho anglosajón, condensada en la expresión *due process of law*,<sup>11</sup> que ha tenido una importancia fundamental en el desarrollo jurídico de los Estados Unidos”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Puy Muñoz, Francisco, “Las fórmulas del principio de legalidad”, *Los derechos fundamentales y libertades públicas, (II)*, Madrid, Din Impresores S.L., 1993, vol. I, p. 513.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, lo sostiene Ramos Méndez, Francisco, “La influencia de la Constitución en el derecho procesal civil”, *Justicia*, 1983, I, p. 26.; Moreno Catena, Víctor, *Derecho procesal*, t. I, p. 182; Serrano Alberca, “Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales: un análisis del artículo 24 de la Constitución española”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 460 y 462; Sáchez Agesta, Luis, “El artículo 24 de la Constitución y el recurso del amparo”, en varios autores, *El tribunal constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, t. III, pp. 2488 y ss.; Fernández Segado, F., “La configuración constitucional del derecho y la jurisdicción”, *RGD*, núm. 600, septiembre de 1994, pp. 9258, 9266 y ss.; Gimeno Sendra, *El derecho a un proceso “administrativo” con todas las garantías*, pp 15 y ss., que nos parece uno de los más explícitos ya se asevera que por “derecho a un proceso con todas las garantías” (artículo 24.2, CE), no cabe entender cosa distinta a derecho a un proceso “debido” o “justo” (el derecho a un proceso “equitable”, al que se refiere el artículo 6.1. del CEDH); etcétera.

<sup>12</sup> Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 158.

Siguiendo el criterio doctrinario precitado, estudiaremos brevemente en el derecho anglosajón el origen del principio de legalidad, a partir de la *Carta Magna*; luego el *Petition of Rights* y finalmente el *Bill of Rights*.

## V. LA CARTA MAGNA

En la época medieval (1215) se suscribió entre el rey Juan sin tierra y los obispos y los barones feudales un documento que se llamó la Carta Magna.

La Carta Magna de Inglaterra del rey Juan sin tierra, en el artículo 39, expresó lo siguiente: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terra*” (Ningún hombre libre sea apresado, ni encarcelado, ni inmovilizado, ni desterrado, ni de ningún modo sea destruido, ni se vaya contra él, ni se le combata, sino por juicio legal de sus pares según la ley de la tierra).

Es importante aclarar que el destinatario de la Carta no fue el pueblo, considerado como el conjunto de personas, sino la corona, los obispos y los barones feudales. “La Carta Magna constituyó, en su conjunto, un intento por salvaguardar lo derechos de las clases propietarias del reino”.<sup>13</sup> La propiedad privada juega un papel importante en la evolución del derecho anglosajón, por cuanto constituye un elemento básico en la formación del principio de legalidad tributario; por lo pronto estudiaremos el aporte de la Carta Magna al derecho procesal.

En esta época existía un órgano que servía de limitante del poder del rey, denominado el Gran Consejo del Reino, conformado por los barones, los condes, los obispos y arzobispos, a quienes les correspondía prestar *consentimiento* para el establecimiento de los impuestos; este órgano fue el punto de partida de lo que se llamaría posteriormente el Parlamento.

Al respecto Manuel García-Pelayo comenta:

Al lado del rey había una *curia regia*, que en sentido restrictivo significa el cuerpo de los funcionarios de la corte, y en sentido amplio una asamblea

<sup>13</sup> Kemp Allen, Carleton, *Las fuentes del derecho inglés*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. LXXXI.

integrada por este cuerpo y por los *capite tenentes*, es decir, por aquellos que había recibido su feudo directamente del rey. Esta asamblea, a la que se la llama *concilium regis*, ejercía funciones judiciales, gubernamentales y legislativas, y era un cuerpo puramente feudal. Frecuentes eran también los *colloquia* del rey con sus magnates eclesiásticos temporales, de los que después se derivó el nombre de Parlamento.

...

En la segunda mitad del siglo XVIII, la política exterior e interior de Enrique III provoca una reacción de todas las clases activas del reino que tiene como caudillo a Simón de Monfort, el cual, en 1265, convoca al Parlamento no sólo a los magnates eclesiásticos y laicos y a los caballeros, sino también a los representantes de las ciudades y de los burgos. Tal reunión es considerada como el nacimiento del Parlamento Inglés...<sup>14</sup>

Estos elementos históricos son importantes para determinar la conformación e integración progresiva del Parlamento, porque sus miembros serían los *representantes* de los prenombrados estamentos, quienes tenían como misión prestar *consentimiento* para la imposición de impuestos.

### 1. La Carta Magna y su aporte al derecho procesal

En un primer lugar, resaltaremos el aporte al derecho procesal y en segundo lugar al derecho sustancial (el penal y el tributario).

El procesalista uruguayo Eduardo J. Couture analiza la Carta Magna, con el objeto de establecer su aporte al derecho procesal, en los siguientes términos:

El texto constituyó, en su momento, el apotegma de la libertad civil. Pero juzgado con el espíritu de nuestro tiempo y tratando de medir su justo significado técnico, se advierte el carácter procesal de sus dos garantías principales.<sup>15</sup>

El '*legale iudicium suorum*' configura la garantía procesal del juez competente. Nuestros textos actuales que obligan al actor a acudir, en las acciones

14 García-Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1984, p. 255.

15 El texto citado por Couture es el siguiente: "*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur aut desseisiatur, aut utlagetetur, aut exuleter, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*".

personales, al juez del fuero del demandado, tienen que inclinarse, como ante un remoto predecesor histórico, ante este derecho configurado políticamente, de ser juzgado solamente por el juez natural, el de la misma condición.

El *'iudicium per lege terre'* constituye, en el derecho moderno, la garantía de la ley preexistente. La ley de la tierra es la ley preestablecida, aquella a la cual el individuo ajusta su conducta en la vida. Sólo por infringir esa ley es que se puede sufrir castigo. Cuando nuestros textos procesales dicen hoy que el juez en su sentencia aplicará las disposiciones legales vigentes, lo único que hace es reglamentar la garantía política de ser juzgado tan sólo a la luz de ese derecho.<sup>16</sup>

La esencia de estas dos disposiciones procesales elevadas a la jerarquía de garantías políticas, son explicadas por Couture, en la siguiente forma:

...Las defensas contra la arbitrariedad en los juicios del rey, no fueron tanto el ideal de la lucha contra el estado de cosas de la Edad Media inglesa, sino el ideal de la defensa de todo el tiempo posterior, contra toda arbitrariedad. 'Si nuestro análisis es correcto, dice la réplica del profesor Mc. Ilwan, debemos dejar sentado el criterio de que el intento primitivo de la Carta Magna, fue asegurar un juicio por jurados para cualquiera, como una garantía para todos los ingleses. Debemos aceptar la interpretación feudal del documento, como la única posible en 1215; pero debemos también admitir como cosa de nuestros padres, que la ley de la tierra es, como el viejo Roger Twisden pensaba, aquel conjunto de inmunidades que el individuo ha conquistado como derecho propio, perteneciente a su persona y a sus bienes; y su trascendencia consiste en que ellas sean establecidas por el derecho de la tierra y que el rey no sólo no puede alterar, sino que tampoco puede tomar para sí, y a los cuales debe protección'.

El derecho a defender lo que la ley de la tierra asegura, ante el juez competente, constituye un juego de garantías procesales de carácter fundamental o cívico, porque ellas incumben a cualquier sujeto de derecho en razón de su calidad de tal.<sup>17</sup>

Para el procesalista uruguayo el principal aporte de la Carta Magna es el derecho a la defensa; la *defensa* en sí; lo que en el derecho procesal actual se denomina *excepción*; según el autor:

<sup>16</sup> Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. I: *La Constitución y el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p. 48.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 47-50.



...la palabra excepción adquiere entonces significado lato, exquisitamente procesal, equivalente a *defensa*... El mismo texto de la Carta Magna, tal como lo hemos examinado, contenía una excepción específicamente procesal y otra excepción prevalentemente sustancial. Excepción procesal era la derivada de la exigencia del juez competente, ya que la elección del juez era considerada como una garantía en sí misma, prescindiendo del derecho que el juez aplicara. Excepción sustancial era la garantía del derecho establecido, ya que ninguna obligación, carga, confiscación, prisión, destierro, podrían ser impuestos si el derecho anteriormente consagrado no lo autorizaba.<sup>18</sup>

En síntesis, las garantías procesales inglesas son: el juez competente y la ley preexistente que forman parte del derecho al debido proceso.

## 2. *La sustitución de per legem terrae por due process of law*

Comentando el texto inglés Arturo Hoyos, expresa que:

Lo cierto es que a la expresión *per legem terrae*, que es la fundamental para la evolución posterior, en su contexto original, *pareció* oponerse, la *legem* a los decretos del rey Juan y *terrae* (de la tierra) a normas jurídicas más restringidas como a leyes expedidas por el mismo rey (en la Carta Magna se utiliza extensamente la expresión *lex regnum*)...

Es, sin embargo, en 1353, cuando la Magna Carta es expedida por el rey Eduardo III, que dicho documento aparece por primera vez en el idioma inglés. Y así, en el capítulo 29, en lugar de la expresión *per legem terrae*, aparece la expresión inglesa “*due process of law*”, la cual ha sido traducida a nuestro idioma más comúnmente como el debido proceso legal o simplemente el debido proceso...

El texto de la Carta en idioma inglés es el siguiente:

“that no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law (Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal) (nuestra traducción)”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 56.

<sup>19</sup> Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Santa fe de Bogotá, Temis, 1996, pp. 7 y 8.

Como se expresó anteriormente dos son los aportes de la Carta inglesa al derecho en general: la garantía del juez competente y la garantía de la ley preexistente. Esta última se desdoblará a su vez en dos: la garantía sustancial (el delito y la pena) y la garantía procesal (debido proceso). Una y otra tendrá como fundamento el *principio de legalidad*.

Examinaremos a continuación dos cartas políticas de trascendental importancia en el derecho inglés y, por consiguiente, en el constitucionalismo moderno, por cuanto la mayoría de las Constituciones de occidente, entre otras, la Constitución de Colombia consagró el derecho al debido proceso que contiene el principio de legalidad.

### 3. Petition of rights (*junio 7 de 1628*)

En la época de los Estuardo (1603 a 1688) Carlos I sucedió en el trono inglés a su padre, el rey Jacobo I.

En medio de un ambiente político crítico, en el parlamento Estuardo Cocke presentó un documento por él elaborado que se denominó *Petition of Rights* (la petición de los derechos), que contó con el apoyo de los lores y los comunes, obligando al rey Carlos I a firmarlo el 7 de junio de 1628.

Las normas importantes son las siguientes:

1. Los Lores espirituales y temporales y los comunes reunidos en el Parlamento muy humildemente a nuestro soberano y señor el rey que se declaró y decretó por una ley (*statute*) promulgada bajo el reinado del rey o de sus heredero no impondrían ni percibirían impuestos o subsidio alguno en este Reino sin el consentimiento de los arzobispos, obispos, condes, barones, caballeros, burgueses y otros hombres libres del ayuntamiento de este Reino; que, por la autoridad del Parlamento convocado en el vigésimo quinto año del reinado de Eduardo III, se declaró y estableció que en lo sucesivo nadie podía ser obligado a prestar dinero al Rey contra su voluntad, porque tal obligación era contraria a la razón y a las libertades del Reino; que otras leyes del Reino prohíbe percibir cargas o ayudas conocidas con el nombre de don gratuito (*benevolence*) o cualesquiera otras imposiciones análogas; que por dichos estatutos u otras leyes válidas del Reino, vuestros súbditos han heredado esa franquicia, a saber, que no podrán ser compelidos a participar en impuesto, exacción, ayuda o carga alguna sin el consentimiento general de la comunidad expresado en el Parlamento.

3. Considerando que también se ha decretado y establecido por la ley llamada “Magna Carta de las libertades de Inglaterra” que ningún hombre podrá ser preso ni llevado a la cárcel ni desposeído de su feudo, de sus libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo, salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio;

4. Considerando que también se estableció y declaró por la autoridad del Parlamento en el vigésimo octavo año del reinado de Eduardo III, que ninguna persona, cualquiera que fuese su rango o condición, podría ser despojada de su tierra o de sus bienes ni detenida, encarcelada, privada del derecho de transmitir sus bienes por sucesión o ajusticiada, sin habersele dado la posibilidad de defenderse en un procedimiento regular;

5. Considerando, empero, que a pesar de estas leyes y de otras normas y reglas válidas de vuestro Reino encaminadas al mismo fin, varios súbditos vuestros han sido recientemente encarcelados sin que se haya indicado la causa de ello; que, cuando fueron llevados ante vuestros jueces, conforme a los decretos de Vuestra Majestad sobre el *habeas corpus*, para que el Tribunal resolviese lo procedente, y cuando sus carceleros fueron requeridos a dar a conocer las causas de la prisión, no dieron otra razón que una orden especial de Vuestra Majestad notificada por los lores de Vuestro Consejo Privado; que los detenidos fueron devueltos acto seguido a su respectiva cárcel sin que se formulase contra ellos acto alguno de procesamiento contra el que habría podido defenderse conforme a la ley;

...

10. Con este motivo, suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad que nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita, prestar dinero no hacer un contribución voluntaria ni pagar impuestos o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por Ley de Parlamento; que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerida a prestar servicios, ni detenido, inquietado o molestado con motivo de dichas exacciones o de la negativa de pagarlas; que ningún hombre libre sea detenido, encarcelado de la manera antes indicada...<sup>20</sup>

Destacamos del anterior documento los siguientes aportes: que los arzobispos, obispos, lores, barones caballeros y burgueses reunidos en parlamento daban su consentimiento ante el rey para imponer los impuestos; se reproduce en términos semejantes la cláusula 39 de la Carta Magna relacionada con el debido proceso; el derecho a la defensa cuando

<sup>20</sup> Rey Cantor Ernesto y Rodríguez, María Carolina, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, Universidad Libre (Cúcuta), 2001, pp. 34 y 36.

la Corona pretendía despejar de la tierra a los ingleses u ordenar su detención o encarcelación sin un procedimiento regular y la consagración de una garantía contra la privación de la libertad de la persona humana: el *habeas corpus*.

En esta carta política se reconocieron el derecho al debido proceso del cual emergen el principio de legalidad y la llamada soberanía tributaria, basada en la máxima “no hay impuestos sin representación”.

Posteriormente se expidió una importante carta política: el *Bill of Rigths*, o declaración de los derechos.

#### 4. Bill of rigths (*febrero 13 de 1968*)

Oliver Cromwell organizó un ejército y se enfrentó al Rey Carlos I, a quien enjuició y lo condenó a muerte (17 de enero de 1649); se proclama Lord protector y se instaura la República de Cromwell (1647 a 1658); en este año fallece y le sucede en el trono su hijo Richard, y después de 19 meses es sustituido por Carlos II, restableciéndose la monarquía; Jacobo II lo sucede en el trono y finalmente Guillermo de Orange y su esposa María asumen el poder en Inglaterra y el 16 de diciembre de 1689 los lores espirituales y temporales y los comunes les hacen firmar el *Bill Of Rigths* jurando su cumplimiento; carta política que es fruto de la revolución gloriosa.

Los apartes sobresalientes del texto son los siguientes:

Que el pretendido poder de suspender las leyes o la ejecución de las leyes por la autoridad regía, sin consentimiento del Parlamento, es ilegal.

Que el pretendido poder de dispensar las leyes o la ejecución de las leyes por la autoridad regía, como ha sido asumido y ejercido últimamente, es ilegal...

Que recaudará *impuestos* por y para el uso de la Corona bajo pretensión de prerrogativa, sin autorización del Parlamento, por un tiempo más largo o de una manera distinta de aquella en que la misma sea otorgada, es ilegal.

Que es derecho de los súbditos hacer peticiones al Rey y a toda condena y persecución por hacer tales peticiones son ilegales...

Que la elección de miembros del Parlamento debe ser libre.

El *Bill Of Rigths* consolidó la institución del Parlamento, dotándolo de plena capacidad y autonomía jurídico-políticas; entre otras atribuciones se le asignó la potestad de expedir las leyes y mediante éstas esta-

blecer los impuestos, así como también la posibilidad de que los súbditos pudieran formular derechos de petición al rey.

No debemos dejar pasar por alto que contra la monarquía absoluta se pronunció Sir Eduardo Croke (1552-1634), presidente de la *Court of Pleas*, formulando la *supremacía del common law*.<sup>21</sup>

El derecho es supremo y su base es el *common law*. La conclusión práctica de este principio era la negación de que la prerrogativa fuera un ilimitado poder discrecional, sino un poder encuadrado en el *common law*; es decir, limitado,... Consecuencia de tal pensamiento era que: a) El rey no pudiera juzgar más que a través de los jueces, 'de acuerdo con el derecho y la costumbre de la Inglaterra' (*case of prohibitions, 1607*); b) que el rey carecía de poder para alterar el derecho del país y especialmente crear nuevos delitos (*case of proclamations, 1611*).<sup>22</sup>

Se infiere de lo anterior que al rey se le imponían limitaciones específicas: prohibición de juzgar y de legislar definiendo delitos; el objeto sería el de asignarle exclusivamente al Parlamento la función legislativa; de esta última se edificaría más tarde el principio de legalidad sustantivo.

En las cartas políticas antes citadas se materializó el principio de la *representación*, el cual estudiaremos a continuación, toda vez que inspira nuestra Constitución política, el cual es fundamento de otros principios, como son el de legalidad y de reserva de ley.

<sup>21</sup> “*Common law*; la traducción literal es *derecho común*... el derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses... y fueron originalmente los que convirtieron los usos y costumbres rudimentarios del feudalismo y de las primitivas tribus anglosajonas y normandas, a través de sus fallos y resoluciones, en las normas jurídicas de todo el reino, de donde se formó en definitiva el cuerpo y la estructura del derecho anglosajón denominado *common law*”, véase Robaga, Óscar, *El derecho angloamericano*, México, Porrúa, 1982, pp. 25 y 30. En la época del reinado de Enrique II (1154-1189) existían unos “jueces viajeros que iban de un tribunal real a otro juzgando casos mientras creaban un *derecho común* compuesto por costumbres legales que diferían regionalmente con ayuda de los registros de los tribunales; el derecho consuetudinario pronto se convirtió en un sistema completo y estable basado en el *principio del precedente* (observación de los precedentes) que significaba que todos los principios utilizados en los fallos judiciales debían deducirse de casos anteriores”, véase Merkl, Peter H., *Teorías políticas comparadas*, Editorial Roble, 1968, pp. 440 y 441.

<sup>22</sup> García-Pelayo, *op. cit.*, nota 14, p. 262.

## VI. LA REPRESENTACIÓN. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Hanna Fenichel Pitkin define la *representación* en los siguientes términos:

Representación significa, como indica el origen etimológico de la palabra, *re-presentación*, un hacer presente otra vez... En términos generales, la representación quiere decir, más bien, hacer presente *en algún sentido* algo que, sin embargo, *no* está presente literalmente o de hecho... podemos decir simple y llanamente que en la representación algo que no está literalmente presente se considera que está presente en un sentido no literal.<sup>23</sup>

Los estudiosos del derecho inglés sostienen que es difícil precisar el momento histórico en que surgió la institución de la *representación*; esta institución se va forjando progresiva y dialécticamente en las relaciones conflictivas entre el rey y los súbditos; posteriormente entre el rey y el Parlamento, hasta consolidarse como elemento de la garantía del principio de legalidad para el pueblo inglés.

Examinemos el desarrollo histórico, siguiendo las explicaciones de Fenichel Pitkin.

Los caballeros y los burgueses venían a dar su consentimiento a los impuestos, a informar, a “consignar” los casos disputados en los tribunales locales, y a llevarse de vuelta a sus comunidades información. Al principio, el punto crucial estaba en que llegaban con autoridad para vincular a sus comunidades con respecto a los impuestos que se impondrían. De alguna forma, más tarde, empezaron a ser utilizados por las comunidades como una forma de presentar motivos de queja ante el rey, y surgieron intentos de insistir en la satisfacción de esas quejas antes de consentir en los impuestos. Con este desarrollo, se inició un gradual reconocimiento de que el miembro podía perseguir los intereses de su comunidad además de comprometerla con la imposición. Los caballeros y burgueses que iban al Parlamento empezaron a ser vistos como sirviente o agentes de sus respectivas comunidades. Estas les pagaban, y cuando regresaban, se les podía exigir que rindiesen cuantas de lo que habían hecho en el Parlamento...

Desde el siglo XIV al XVII se produjo un gradual desarrollo de la acción unificada de caballeros y burgueses en el Parlamento. Se percataron que te-

<sup>23</sup> Fenichel Pitkin, Hanna, *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 10.

nían motivos de queja que les eran comunes, y empezaron a presentar peticiones comunes en vez de hacerlo por separado. Empezaron a ser llamados “miembros” del Parlamento. Esta acción conjunta fue simultánea con una creciente conciencia de sí mismos como un solo cuerpo. Los parlamentos duraban más, y los miembros eran reelegidos; ello les permitió conocerse y trabajar juntos. Su acción conjunta se realizaba con frecuencia en oposición al rey, y encontraron fuerza para oponerse a él actuando como un grupo corporativo. Este desarrollo culminó en el período de la guerra civil, el Protectorado y la *Commonwealth*, cuando ya no había rey alguno al que oponerse o al que dar el consentimiento...<sup>24</sup>

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que los caballeros y burgueses manifestaban su *consentimiento* ante el rey para la imposición de los impuestos; en segundo lugar, que las comunidades a través de aquellos presentaban peticiones-quejas ante el rey; en tercer lugar, posteriormente formulaban peticiones comunes; todo lo cual fue identificando a los caballeros y burgueses como un solo cuerpo, dándoles el calificativo de *miembros del Parlamento*, lo que constituía una oposición coherente frente al rey. Todo esto contribuyó al surgimiento gradual de la *representación*, esto es, que los caballeros y burgueses *representaban* a sus comunidades, a fin de dar consentimiento al rey para establecer los impuestos.

Los términos *representación* y *representativo* comenzaron a ser utilizados por sir Edward Coke, en sus exposiciones constitucionales ante el Parlamento. “En los *institutes* escribe que los caballeros y los burgueses que se sientan en el Parlamento representan a todos los comunes del reino entero”; “Y quien no sea un lord del parlamento y de la cámara de los lores, es de la cámara de los comunes ya sea en persona, o *mediante representación*”. Y añade que “el parlamento representa el cuerpo de todo el reino...”.

Así se va consolidando progresivamente una nueva modalidad en las relaciones entre el Parlamento y el rey que con el tiempo se va a denominar *representación*.

Todo este desarrollo ocurrió cuando el miembro individual del parlamento fue siendo cada vez menos agente de su distrito electoral. Del miembro individual se dijo que “representaba” sólo después que empezó a ser visto

24 *Ibidem*, pp. 272-274.

como actuando por todo el reino, y sólo después que se empezó a ver al cuerpo del Parlamento del cual era un miembro como representado a toda la nación.<sup>25</sup>

En otras palabras, el miembro del Parlamento considerado individualmente *no representaba* a su circunscripción electoral sino a todo el reino, ello significa que la *representación* se fue estableciendo progresiva y gradualmente.

La síntesis histórica es la siguiente:

En un principio, la cabeza del reino era el rey, su encarnación simbólica. Después, y cada vez más, el Parlamento fue tomando parte y compartiendo este papel, con lo que la representación simbólica del reino era el rey-en-el-Parlamento, un órgano corporativo. Pero se produjo un posterior desarrollo cuando se planteó el tema de remover, reemplazar e incluso, de la posibilidad de juzgar y decapitar a un rey. Si el Parlamento encarna a todo el reino, ¿qué otro grupo podría actuar para deponer a un rey en nombre del reino? La pretensión del Parlamento de representar a todo el pueblo había sido utilizada desde hacía mucho tiempo como un arma para desafiar al rey; en la guerra civil llegó a convertirse en una justificación para destronarlo. Y, por el contrario, el rey buscaba mantener a raya a los miembros del Parlamento argumentando que cada uno de ellos hablaba sólo por su propia y distinta comunidad; colectivamente, no “representaba” al reino.<sup>26</sup>

La historia inglesa demuestra que el Parlamento se iba consolidando homogéneamente, mientras el rey se debilitaba progresivamente, porque la corporación *representaba* a todo el pueblo inglés.

Se puede decir que representan en virtud del hecho de que gobiernan. Y por consiguiente, al buscar afirmar su autoridad en la oposición al rey, el parlamento pretende representar más verdaderamente que aquél: ‘corresponde a’ las partes del reino, es enviado por el pueblo, y así sucesivamente. Porque representa a todo el pueblo, tiene el derecho de hacer leyes vinculantes.<sup>27</sup>

De esta forma el Parlamento asume el papel de legislador, excluyendo de esta función al rey; surge así el *principio de legalidad* con fundamento

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 282.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 283.



en la *representación* que ostentaba el Parlamento y, por ende, como corolario el *principio de reserva de ley*. Estos principios históricamente tuvieron como finalidad excluir al poder ejecutivo del establecimiento de los impuestos y de la *regulación* de los derechos de los ingleses, entre otros, el derecho *al debido proceso legal*.

En conclusión el rey no *representaba* al pueblo inglés.

Estos aspectos jurídicos-políticos tendrán siglos después notaria trascendencia en la expedición de las primeras Constituciones políticas en América y Europa occidental.

¿Cuál fue la influencia de del derecho inglés en las colonias inglesas de Norteamérica? Es el tema que examinaremos a continuación.

## VII. EL TRANSPLANTE A LAS COLONIAS INGLESAS DE NORTEAMÉRICA

“La revolución de los colonos ingleses en América, que cristaliza en el logro de su independencia, madura sobre el tronco de un viejo árbol de libertad constituido por las Cartas inglesas”,<sup>28</sup> en especial la garantía del debido proceso del cual emerge el principio de legalidad.

En Norteamérica se destacan, en primer lugar, La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, en segundo lugar, las Constituciones de los Estados, y en tercer lugar, las enmiendas a la Constitución de Filadelfia.

## VIII. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL BUEN PUEBLO DE VIRGINIA

Esta Declaración se adoptó el 12 de junio de 1776 en Virginia; acerca del tema en estudio citaremos dos disposiciones de trascendental importancia, a saber:

*VI. Que las elecciones de representantes del pueblo en asamblea deben ser libres, y que todos los hombres que den suficientes pruebas de permanente interés por la comunidad, y de vinculación con ella, posean el derecho del sufragio y no puedan ser sometidos a contribución ni privados de su propiedad por razones de utilidad pública sin su consentimiento, o el de sus repre-*

<sup>28</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 35.

sentantes así elegidos, ni estén obligados por ley alguna a la que, del mismo modo, no hayan consentido para el bien público.

En esta disposición se reconocieron: el derecho al sufragio; el principio de la *representación* y en virtud de éste se estableció la exigencia del *consentimiento* por parte de los representantes del pueblo para establecer contribuciones y para privar de la propiedad a los particulares.

*VIII. Que en todo proceso judicial*, inclusive aquellos en que se pida la pena capital, el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.

Se destaca en la anterior preceptiva el *principio de legalidad*, según el cual por mandato de la ley se podría *privar de la libertad* a las personas; asimismo, se estableció la institución del jurado —de origen popular— para el conocimiento y decisión de acusaciones penales en un proceso criminal; se trata de instituciones procesales integradoras del debido proceso

La Declaración de Independencia de Norteamérica (4 de julio de 1776), trajo consigo instituciones y garantías procesales inglesas, entre otras, el principio de legalidad contenido en el debido proceso. En las Constituciones de los estados de Maryland y Carolina del Norte (1776) y Pensilvania (1777), se introdujo la garantía, pero con la fórmula *law of the land* (ley de la tierra).

En la Constitución de Filadelfia (1787) no figuró esta garantía.

La enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>29</sup> acogió la fórmula *due process of law*, en lugar de la antigua

<sup>29</sup> Ninguna persona podrá ser detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un acto de denuncia o acusación formulado por gran jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando éstas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el *debido proceso judicial*; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.

formula *law of the land*, es decir, *la ley de la tierra* se transformó en el *debido proceso legal*; a partir de esta enmienda la mayoría de las Constituciones de América consagraron esta fórmula. Interpretando la nueva disposición inglesa Couture comenta:

Ya no se habla del juicio de los pares y de la ley de la tierra: se habla de un “debido proceso legal” como una garantía que involucra el derecho material de la ley preestablecida y del derecho procesal del juez competente... El concepto ‘procedimiento legal’ fue considerado desde entonces como la garantía esencial del demandado, de la cual ninguna ley podrá privarle.

La garantía de orden estrictamente procesal, ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantías del proceso parlamentario.<sup>30</sup>

El aporte anglosajón al derecho constitucional y procesal es el siguiente: que la ley formalmente expedida por el parlamento definiera el derecho al *debido proceso*, por medio del cual se privaría a los hombres de su libertad física o de su propiedad, lo cual constituiría una limitación al ejercicio del poder político absoluto del rey, a fin de impedirle que “legislara” acerca de estas garantías políticas; esta competencia será más tarde atribuída definitivamente al parlamento inglés. “En su origen el principio de legalidad..., supone una limitación al poder del monarca que se manifiesta en la reserva legal de un cierto número de cuestiones importantes. El principio de legalidad surge así como una legalidad tributaria y una legalidad penal”.<sup>31</sup> Una razón política explica su surgimiento: el ejecutivo se suele presentar siempre como el menos propicio a las libertades públicas; tal vez porque en el Estado de derecho el gobierno heredó la función ejecutiva del monarca del antiguo régimen, tal vez también porque carece de la legitimidad democrática directa que es propia de las asambleas.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Couture, *op. cit.*, nota 16, pp. 50 y 51.

<sup>31</sup> Prieto Sánchez, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 169.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 167.

En el desarrollo posterior del derecho inglés encontraremos la gran conquista democrática en materia de regulación del derecho al *debido proceso*, siendo el parlamento el competente para expedir la ley que reconociera su ejercicio, constituyéndose así lo que más tarde se denominaría *reserva de ley*; fruto de la revolución inglesa que acuñó dos principios: el principio de legalidad tributaria (no ser privado de la tierra-o propiedad, impuestos con el consentimiento del pueblo representado por los miembros que integran el Parlamento) y el establecimiento de los impuestos (con el *consentimiento* del Parlamento) y el principio de legalidad penal (no ser privado de la libertad física). Estos dos principios suponen la ley *preexistente* y explícitamente el juez competente por ésta establecido. De esta forma el *principio de legalidad* se erige en elemento esencial del *debido proceso*.

En síntesis, la preceptiva inglesa reconoció la *reserva de ley* como corolario esencial del *principio de legalidad*.

Las revoluciones liberales burguesas inglesa y norteamericana influyeron en la revolución francesa; para el trabajo que nos ocupa extraeremos los artículos pertinentes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

## IX. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

El pensamiento liberal, en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara la titularidad y ejercicio del poder mediante el reconocimiento del principio de la soberanía popular, de la cual debería ser expresión la ley. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley, que por ser emanación de la voluntad general parecía el instrumento más adecuado para determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. En esta exigencia se funda el principio básico para el constitucionalismo liberal democrático de la *reserva de ley*, esto es, de la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno.<sup>33</sup>

33 Pérez Luño, *op. cit.*, nota 28, p. 70.

En efecto, en Francia también se establecieron límites al ejercicio del poder absoluto de los reyes, con fundamento en el *principio de legalidad*.

La Declaración de los Derechos en el artículo 6o. preceptuó lo siguiente:

*La ley es la expresión de la voluntad general.* Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir, personalmente o *por medio de representantes*, a su formación. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Lo anterior significó el triunfo de la ideología liberal burguesa, en primer lugar, con el postulado formulado por Juan Jacobo Rosseau “la ley como expresión de la voluntad general” y, en segundo lugar, con el principio *de la representación*; principios fundantes del Estado liberal burgués.

Dicho triunfo implicó además la sustitución de la soberanía real por la soberanía popular.

El artículo 7o. enuncia lo siguiente: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable”. El artículo 8o., expresa: “La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada antes del delito y legalmente aplicada”.

“La Declaración... convertía a la ley en el principal instrumento de protección de los derechos del hombre. Bastará evocar los célebres artículos 5o., 6o. y 7o. para mostrar que la tarea de proteger los derechos del hombre está esencialmente confiada al poder legislativo...”<sup>34</sup> De esta preceptiva normativa emerge el principio de legalidad, el cual se desenvuelve, respectivamente, en un doble enfoque: principio de legalidad procesal y principio de legalidad sustantivo. Como se observará más ade-

<sup>34</sup> Fromont, Miguel, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania-España-Francia-Italia, Civitas, 1991, p. 48.

lante estos principios se consagraron, en forma similar, en la Constitución de Colombia de 1991.

Los derechos reconocidos por esta Declaración sólo podrán ser objeto de restricción o limitación por ley. Al respecto, el artículo 4o. de esta Declaración preceptúa: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”.

Recordemos que la monarquía absolutista (concentración de poderes en el rey) era el sistema político imperante en los siglos XVII y XVIII en Europa, lo que implicaba que el rey ejerciera los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir, que expedía la ley, la hacía cumplir y la aplicaba a quienes la desobedecían.

Los revolucionarios del siglo XVIII reaccionaban frente aun mundo sometido a los deseos de un soberano imprevisible que detentaba todos los poderes del Estado. Los jueces decían un Derecho que era el del Monarca, pues él era la ley... personificaba la Justicia y, por tanto, sus deseos por irracionales que fuesen, resultaban perfectamente legítimos.<sup>35</sup>

Con posterioridad a la expedición de las Constituciones de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789 y la francesa de 1791, se generó la proliferación de Constituciones escritas consagrando, en su parte dogmática, los derechos de las personas y los ciudadanos, entre otros, el derecho al *debido proceso* del que emerge el *principio de legalidad*, con base el cual le corresponde exclusivamente al órgano legislativo ordinario la *regulación* de los elementos que integran este derecho fundamental.

A continuación nos ubicaremos en el siglo XX, a fin de ubicar el reconocimiento de los derechos humanos en los instrumentos internacionales; fase histórica que se denomina internacionalización de los derechos humanos.

<sup>35</sup> Fernández, Placido y Viagas, Bartolomé, *El juez natural de los parlamentarios*, Madrid, Editorial Civitas, pp. 43 y 48.

## X. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

“La internacionalización consiste en el proceso que llevan a cabo los Estados con miras a procurar la protección de los derechos humanos fuera de los mismos Estados”.<sup>36</sup>

Concluida la Segunda Guerra Mundial, los Estados aliados que participaron en el conflicto bélico acordaron la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), declarando la existencia de unos derechos humanos, sin reconocerlos específicamente (Carta de la ONU), en la Conferencia de San Francisco, en 1945.

Examinaremos a continuación los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en los principales sistemas internacionales de derechos humanos, a saber:

### 1. *Sistema universal de derechos humanos*

Tres años después de la conferencia en San Francisco en Francia, en diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo 11.2, se reconoció que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

En otras palabras, es la garantía del derecho establecido (derecho nacional o internacional), o sea que el hecho debe estar previamente tipificado en la norma para que proceda la condena de su autor, o sea, que se reconoció el principio de legalidad en dos campos, a saber: el interno de los Estados y el internacionalidad.

El artículo 11.2 se debe interpretar sistemáticamente con el artículo 29.2 de la misma Declaración, cuyo texto expresa:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

<sup>36</sup> Travieso, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Heliasta, 1993, p. 235.

De la preceptiva internacional de los derechos humanos se infiere que no solo se reconoce el ejercicio de los derechos y las libertades de la persona humana, sino también el establecimiento de los límites para su ejercicio; según la jurisprudencia de los órganos de control internacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros) sólo el legislador ordinario tiene competencia para establecer limitaciones o restricciones a los derechos y libertades, en un Estado democrático de derecho; aspecto que ampliaremos adelante.

En Nueva York, diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>37</sup> y se reconoció el *principio de legalidad* en el artículo 15:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

El artículo 9o. reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales, en los siguientes términos: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Esta preceptiva internacional además de reconocer el principio de legalidad consagró el principio de favorabilidad de la ley penal.

Amnistía Internacional interpreta las disposiciones anteriormente transcritas de la Declaración Universal y el Pacto Internacional, en la siguiente forma:

Esta prohibición evita se aplique retroactivamente el derecho penal. De ella emana no sólo la prohibición de enjuiciamientos retroactivos, sino la obligación de los Estado de definir con precisión todos lo delitos en la legislación nacional.

37 Aprobado por Ley 74 del 26 de diciembre de 1968, *Diario Oficial* núm. 32.681.



Las definiciones de los delitos en la legislación nacional incluye... las que emanan de las leyes escritas...

Un delito en virtud del derecho internacional es un acto que viola el derecho internacional de los tratados... Así pues, una persona puede ser procesada por delitos como genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los convenios de Ginebra (conocidos como “crímenes de guerra”), esclavitud o tortura, incluso si en el momento de cometerlos estos delitos no estaban tipificados como tales en la legislación nacional.<sup>38</sup>

...con la prohibición de aplicar retroactivamente la legislación penal se prohíbe asimismo la imposición de una pena más grave que la que prescribía la ley en el momento de cometerse el delito, aunque los Estados sí están obligados a aplicar retroactivamente cualquier reducción de la pena que la ley disponga subsiguientemente.<sup>39</sup>

En concreto, ¿cuál es el significado de la oración gramatical “según es derecho nacional o internacional? En cuanto a lo primero y lo que se refiere a Colombia, los delitos deben definirse y las sanciones establecerse en leyes preexistentes formalmente expedidas por el Congreso, de conformidad con los artículos 1o., 3o., 29, inciso 2; 133 y 150 inciso de la Constitución; respecto a lo segundo, el derecho internacional también define delitos, como por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948.

Por otro lado, el artículo 9.1 claramente preceptúa que con arreglo al *procedimiento establecido en la ley*, la persona humana podrá ser privada de la libertad por las causas fijadas en ella. En términos similares el artículo 28 de la Constitución se refiere a la privación de la libertad “con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. En otras palabras, las causas o los motivos deben fijarse o definirse en la ley, así como también el *procedimiento*, a través del cual se privará de la libertad a la persona, entendiendo por *ley* el acto expedido formalmente por el Congreso; aspecto que ampliaremos más adelante.

<sup>38</sup> Artículo 11.2 de la Declaración Universal, artículo 15.1 del PIDCP, artículo 7.2 del Convenio Europeo.

<sup>39</sup> *Manual de amnistía internacional juicios justos, La prohibición de aplicar leyes penales con carácter retroactivo y procesar de nuevo por el mismo delito*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, p. 102.

## 2. Sistema interamericano de derechos humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969,<sup>40</sup> titula el artículo 9o. con el principio de legalidad, cuyo texto reconoce: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

El artículo 7o. de la Convención se denomina *derecho a la libertad personal* y el numeral 2 preceptúa lo siguiente: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Lo anterior significa que las *formalidades* para privar de la libertad física a una persona se requiere que estén previamente consagradas en la Constitución, en el caso colombiano en el artículo 28, o en la ley, siempre y cuando que esta ley se haya expedido *de conformidad* con las formalidades consagradas en la Constitución, porque de lo contrario dicha ley podría ser inconstitucional y, por ende, la autoridad judicial o administrativa deberá inaplicarla por ser incompatible con las disposiciones constitucionales, en virtud del artículo 4o. de la Constitución, cuyo texto preceptúa: “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”.

Para asegurar la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, en el artículo 30 se estableció el alcance de las restricciones o limitaciones que los Estados partes en la Convención podrían establecer en el orden interno, por medio de ley expedida por el legislador ordinario.

El artículo 30, preceptúa: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

40 Aprobado por Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, *Diario Oficial*, núm. 33.780.

### A. *El principio de legalidad en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la expresión “leyes” del artículo 30 de la Convención, en opinión consultiva OC-6/86, expresó lo siguiente:

13. La interpretación de estas normas ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo.

14. El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (artículo 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por el Estado (artículo 27). En condiciones normales, únicamente cabe restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y suspensión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (artículos 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras “al goce y ejercicio”, clarificó conceptualmente la cuestión (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante “Actas y Documentos”, repre. 1978, esp. p. 274).

15. La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de sí “la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a las leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución—” o si en cambio se la usa “en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico”.

16. La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una

respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales” o “leyes internas”. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente.

17. No obstante lo anterior, los criterios del artículo 30 si resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que aquella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. En criterio teológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y

c. Que tales restricciones estén dispuestas por la leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

19. El significado del vocablo leyes ha de buscarse como término incluido en un tratado internacional. No se trata, en consecuencia, de determinar la aceptación del sustantivo leyes en el derecho interno de un Estado Parte.

...

21. El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona

humana que no puede ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.

23. Lo anterior se deduciría del *principio* —así calificado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisor Opinión, 1935, P.C.I.J., Series A/B, No. 65, p. 56)— *de legalidad*, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada *reserva de ley*, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.

...

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión *leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional

coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos.

27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir varios derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

...

32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y esta dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el *principio de legalidad* (ver *supra* 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el *principio de legalidad* esta vinculado inesperadamente al de la *legitimidad* en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al 'ejercicio efectivo de la democracia *representativa*' que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación del bien común (ver 22)

...

34. No es posible desvincular el significado de la palabra leyes en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresando en el Preámbulo de la Convención 'de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto a los derechos esenciales del hombre' (Convención Americana, Preámbulo, párrafo 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un 'principio' reafirmado por los Estados Americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de

la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (artículo 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

35. En consecuencia, las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

36. Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

37. La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley en el artículo 30 de la Convención, permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.<sup>41</sup>

Del anterior extracto jurisprudencial podemos arribar a las siguientes conclusiones.

### B. Conclusiones jurisprudenciales

De la jurisprudencia internacional se infieren los siguientes aportes jurídicos:

En *primer lugar*, que las *limitaciones o restricciones* a los derechos fundamentales deben establecerse por medio de leyes.

En *segundo lugar*, que el término *leyes* se debe entender en sentido formal, es decir, como norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo.

<sup>41</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En *tercer lugar*, como corolario de lo anterior se imponen los principios de *legalidad y reserva de ley*, en materia de *limitaciones o restricciones* a los derechos humanos.

En *cuarto lugar*, que el principio de legalidad, en una sociedad democrática, está vinculado inseparablemente al principio de *legitimidad*, es decir, que los órganos que expiden las normas jurídicas han de ser elegidos por el pueblo, lo cual constituye la esencia de la *democracia representativa*, contenida en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En *quinto lugar*, que los órganos legislativos ordinarios (congresos, parlamentos, asambleas legislativas), son los competentes para establecer mediante ley las *limitaciones o restricciones* a los derechos fundamentales.

En *sexto lugar*, se infiere de lo anterior que cuando se establecen limitaciones o restricciones a los derechos humanos se excluye al poder ejecutivo, por la sencilla razón que los gobiernos no representan al pueblo.

En *séptimo lugar*, no obstante lo anterior puede darse la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia (del legislativo al ejecutivo), siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución y que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella.

En *octavo lugar*, que la interpretación de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos *ha de hacerse de buena fe*, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

### *C. La prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos*

Estas conclusiones previas nos permitirán interpretar el derecho fundamental del debido proceso contenido en la Constitución política de Colombia de 1991, a fin de desentrañar el contenido de los principios de legalidad y de reserva de ley, que de este derecho constitucional emerge siguiendo los mandatos del artículo 93 de la carta, cuyo texto expresa:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. "Los derecho y deberes consa-



grados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Los tratados internacionales transcritos anteriormente forman parte del orden interno colombiano y tienen *prevalencia* sobre las leyes ordinarias colombianas (entre otras, los códigos de procedimiento), es decir, que éstas son jerárquicamente inferiores a las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, por las cuales se aprobaron los dos tratados internacionales de derechos humanos antes mencionados.

Estudiaremos a continuación el principio de legalidad en materia punitiva, el cual tiene entre otros fundamentos el Estado social, democrático de derecho, basado a su vez en la institución de la *representación*; principios que se deben observar cuando el Estado regula el *ius punendi* por medio de la autoridad competente: el órgano legislativo ordinario (el Congreso).

## XI. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los fundamentos constitucionales del principio de legalidad se encuentran en las siguientes disposiciones de la carta política, a saber: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo” (artículo 3o.), es decir, el pueblo es el soberano, “del cual emana el poder público”, o sea, que las tres ramas que lo constituyen, la ejecutiva, la judicial y la legislativa (artículo 113) tienen fuente popular; esta última con su órgano que la integra, un cuerpo colegiado llamado el Congreso de la República, constituye la manifestación patente de la democracia colombiana, por cuanto los miembros del órgano legislativo, elegidos directamente por el pueblo lo *representan* (artículo 133). De ahí que la soberanía la ejerce el pueblo “en forma directa o por medio de sus *representantes*”; éstos pueden pertenecer a partidos políticos mayoritarios, movimientos políticos minoritarios, líderes independientes de diferente vertiente política, ideológica, religiosa y étnica, gracias a la *representación* proporcional electoral que garantiza la Carta (artículo 263). En otras palabras, los miembros (mayorías y minorías) del Congreso representan al pueblo. No sucede así con el presidente de la República, porque él tan solo simboliza la “unidad nacional” (artículo 188), y aunque sea elegido por una mayoría no representa al pueblo constitucionalmente hablando;

por tanto, la voz de los congresistas (representantes) es la voz del pueblo (representado) cuando votan la ley que se considera como el reflejo de la *voluntad general* del pueblo, lo que significa un consenso parlamentario (fruto de la convergencia de las diferentes ideologías políticas) que le asigna *legitimidad* al trabajo legislativo, en ejercicio de la soberanía popular como principio fundamental democrático, con prescindencia del ejecutivo que carece de *representatividad* para legislar en determinadas materias que el Constituyente le ha *reservado* al Congreso (entre otras, el debido proceso, artículo 29). Todo ello nos permite definir a Colombia como “un Estado social, *democrático* de derecho” (artículo 1o.), fundado —para algunos efectos— en la democracia *representativa*,<sup>42</sup> cuando el legislador ordinario (el Congreso) ejerce su función legisladora por voluntad popular. De modo que en los casos en que la Constitución le asigna expresamente la atribución de desarrollar determinadas materias se configura el *principio de legalidad* y su corolario la *reserva de ley*, lo cual implica, se repite, la exclusión del gobierno nacional.

En efecto, las *conductas* reprochables (penal, disciplinario, fiscal y correccional) y las *sanciones* que les corresponden, han de ser definidas por *ley preexistente* formalmente expedida por el Congreso siguiendo el procedimiento ordinario que le asigna la Constitución política (artículo 157 y conc.) y el reglamento interno del Congreso<sup>43</sup> (Ley 05/92) y sancionada por el gobierno nacional (artículo 165), asimismo se establecerán el *juez o tribunal competente* y se regularán las *formas propias de cada juicio*, por medio —se repite— de ley preexistente.

En síntesis, la *representación* y la *legitimidad* son los fundamentos de esencia constitucional del *principio de legalidad*; ¿quién más que el pueblo por medio de sus representantes regule el *ius punendi* en sus múltiples manifestaciones (infracción y sanción) y decida cuál es el juez natural y defina los procedimientos a seguir para juzgar? Estas conclusiones las demostraremos en su oportunidad al analizar las normas constitucionales que reconocen el debido proceso.

42 Para otros efectos, tiene realización la democracia participativa, en los referendos, plebiscitos, consultas populares, iniciativas populares, cabildos abiertos y la revocatoria del mandato.

43 Los artículos 230 a 232 regulan el procedimiento para garantizar la participación ciudadana en el estudio de los proyectos, así como también en vocero de los ciudadanos que promueven una iniciativa popular, de conformidad con el artículo 96, inciso final, en concordancia con el artículo 155 de la Constitución.

El máximo tribunal constitucional explica el principio de legalidad basado en la representación democrática, en los siguientes términos:

...el principio democrático supone la idea de alternación y esta solo se cumple si es posible que se debata en el panorama político con ideas y doctrinas diferentes a partir de las cuales la voluntad popular, representada en las urnas elija la que a su juicio desarrolle de manera los conceptos de justicia que encierra la Carta política.<sup>44</sup>

El principio democrático implica entonces que el legislador, como expresión de las distintas mayorías históricas, goza de libertad política para decidir múltiples asuntos. Pero igualmente es claro que el Congreso no es un órgano soberano y se encuentra sometido a la Carta, por lo cual su libertad política no es total.<sup>45</sup>

En efecto, en el Congreso se encuentran *representadas* las mayorías y la minorías políticas; por ello “los miembros de cuerpos colegiados de elección directa *representan al pueblo...*,” según el mandato del artículo 133 de la Constitución; el principio democrático de la *representación* está unido al principio de *legitimidad*; por ello, el Congreso es el órgano legislador *representativo* por excelencia.

La Corte Constitucional en forma genérica precisa las bases constitucionales de este principio, en la siguiente forma:

De manera general, puede sostenerse que el principio de legalidad constituye uno de los pilares básicos dentro de la estructura del Estado de Derecho en cuanto que, por su intermedio, se busca circunscribir el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades estatales, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes. En Colombia la Constitución Política se refiere a este principio, entre otros, en los artículos: 1, que define al país como un Estado Social de Derecho; 3, que condiciona el ejercicio de la soberanía a lo prescrito por la Carta Política; 6, que hace responsables a los servidores públicos por infringir la Constitución y la ley y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; 121, que le impide a las autoridades públicas ejercer funciones distintas a las atribuidas por la Constitución y la ley; y 122, que conmina a los servidores públicos a desempeñar sus fun-

44 Sentencia C-074 de 1993. M. P., Ciro Angarita Barón, Fundamento 1.2.

45 Sentencia C-093/01. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ciones con plena observancia de la Constitución, y a cumplir con los deberes previamente asignados.<sup>46</sup>

Sobre el particular Humberto A. Sierra Porto comenta lo siguiente:

El artículo 1o. establece que Colombia es un Estado social de derecho, lo que supone la existencia del principio de legalidad como la necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente los que tiene una vinculación más directa con el principio democrático (como es el caso de la ley). No es inútil la referencia a que Colombia es una República democrática, participativa y pluralista; al ser el colombiano un Estado de derecho, se incorpora el principio de legalidad (entendido de manera restringida) como uno de los elementos fundamentales o básicos en torno al cual gira esta forma de Estado, y así mismo se proporciona el fundamento democrático que nos permite distinguir jerárquicamente a las distintas fuentes, con base a su legitimación de origen.<sup>47</sup>

El precitado autor también cita como fundamento del principio de legalidad los artículos 6o., 121 y 123 de la Constitución política.

El análisis de las bases constitucionales del principio de legalidad nos permite adentrarnos en su estudio específico: el doble enfoque del principio de legalidad.

## XII. EL DOBLE ENFOQUE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La doctrina y la jurisprudencia han concebido el principio de legalidad en un doble enfoque.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado:

“El derecho al debido proceso reconocido por el artículo 29 de la Constitución, consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad,...”<sup>48</sup>

A su vez, el máximo juez de la Constitución, informa que:

“El principio de legalidad en materia penal está consagrado en el artículo 29 de la Constitución, así: nadie podrá ser juzgado sino conforme

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1144 del 30 de agosto de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>47</sup> Sierra Porto, *op. cit.*, nota 2, p. 165.

<sup>48</sup> Sentencia C-769 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.<sup>49</sup>

Con fundamento en las cartas políticas, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la doctrina y la jurisprudencia citadas con anterioridad, y de la interpretación de las bases constitucionales mencionadas, en especial de los artículos 28, inciso 1 y 29, inciso 2 de la Constitución, metodológicamente se puede apreciar el principio de legalidad en un doble enfoque, a saber: el *principio de legalidad sustantivo* y el *principio de legalidad procesal*.

### 1. Principio de legalidad sustantivo

El *principio de legalidad sustantivo* corresponde a las fórmulas *Nullum crimen sine lege* (no existe delito sin ley); *Nulla poena sine praevia lege* (no existe pena sin ley previa). Se considera, sostiene Puy Muñoz, al ilustre representante del iluminismo jurídico Paul Johann Anselm von Feuerbach como el padre de las fórmulas latinas generalmente utilizadas para enunciar el principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*<sup>50</sup> (legalidad del delito y de la pena de acuerdo con ley preexistente).

Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas*, expresó lo siguiente: “Sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad, unida por un contrato social”.<sup>51</sup> La importancia de este aporte doctrinario radica, entre otros aspectos, en reconocer que el principio de legalidad tiene su fundamento jurídico-político en un contrato social celebrado entre el rey y el pueblo; teoría denominada el contractualismo.

El *principio de legalidad sustantivo* tiene su fundamento constitucional en las siguientes normas: “y por *motivo* previamente definido en la ley” (artículo 28), “...conforme a leyes preexistentes al *acto* que se le imputa...” (artículo 29).

49 Corte Constitucional, Sentencia C-133 del marzo 3 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

50 Puy Muñoz, *op. cit.*, nota 10, pp. 504 y 513.

51 Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, 3a. ed., Madrid, Alianza, p. 37.

Dos aspectos jurídicos analizaremos por separado formulándonos dos preguntas claves: ¿qué se entiende por *motivo* o *acto*?, y ¿a cuál tipo de *ley* se refiere el artículo 29 de la Constitución política?<sup>52</sup> El primer aspecto, implica un contenido *material* y el segundo tiene un carácter *formal*. Examinemos la explicación de cada uno de ellos siguiendo al tratadista español Antonio Enrique Pérez Luño:

La primera, de carácter material y alcance absoluto, se traduce en la exigencia de predeterminación normativa (*lex previa*) de las conductas infractoras y de sus correspondientes sanciones, que permitan a los ciudadanos calcular con antelación y saber a qué atenerse respecto a los efectos jurídicos de sus actos.<sup>53</sup> Cuando el Constituyente emplea el vocablo *motivo* o *acto* se está refiriendo expresamente a las conductas ilícitas (el tipo) e implícitamente a la sanción respectiva (la pena).

Luego añade Pérez Luño:

“La segunda, de índole formal, se refiere al rango de las normas tipificadoras de los infracciones y reguladoras de las sanciones”.<sup>54</sup> Es decir, al tipo de ley y a su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico sometido a la supremacía de la Constitución; por consiguiente, nos referimos a la ley formalmente expedida por el Congreso.

En cuanto a este segundo aspecto tenemos que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*

...admite una pluralidad de proyecciones, al proporcionar una interpretación del término “*lege*” que se desglosa en los requisitos de:

1. *Lege promulgata*,... que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de la comunidad y, en consecuencia, no podría obligar...

2. *Lege manifesta*,... Se trata de la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras,...

3. *Lege plena*, el principio *nullum crime nulla poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido plenamente tipificadas. Pero correlativamente implica que nin-

<sup>52</sup> En términos similares está consagrado el principio de legalidad penal en el artículo 25.1 de la Constitución española.

<sup>53</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, “Legalidad penal y seguridad jurídica”, *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, vol. I, p. 468.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 470.

guna conducta criminal, o, en una aceptación más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana...

4. *Lege stricta*,... reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de derecho, se *reserva a la ley*, en cuanto *norma general y absoluta* promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos en lo que atañe a su responsabilidad criminal...

5. *Lege previa*,... se traduce en la exigencia de *irretroactividad* de las normas, en cuya virtud no se puede extender la aplicación de las leyes a conductas previas a su promulgación, que, por tanto, fueron realizadas antes de que pudiera conocerse su contenido

6. *Lege perpetua*, ya que la *estabilidad* del derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido...<sup>55</sup>

La ley con las características anteriormente mencionadas es la llamada a regular los principios sustantivos de legalidad “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

La ley con las características indicadas se debe considerar además en un doble aspecto complementario: *a)* por su origen, es aquella norma general y abstracta promulgada por el Parlamento; *b)* por su jerarquía, es aquella de mayor jerarquía en el orden de prelación de las fuentes del derecho.

En síntesis, el principio de legalidad sustantivo consiste en que el *hecho* ilícito (el tipo) y la sanción (la pena) deben ser definidos por ley preexistente, es decir, con anterioridad a la ocurrencia de la conducta reprochable.

En relación con el principio de legalidad sustantivo, la Corte Constitucional en Sentencia núm. C-133/99, expresó:

De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente

55 *Ibidem*, pp. 459-462.

debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o "preexistente".<sup>56</sup>

En otra oportunidad el juez de la Constitución expresó:

Del principio de legalidad se deriva el de la tipicidad, al cual se ha referido la Corte en varios pronunciamientos. Cabe destacar el siguiente:

...

Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción...<sup>57</sup>

El principio de legalidad sustantivo de vieja aplicación en el derecho penal, también es extensivo al campo del derecho sancionador (en lo disciplinario, fiscal, correccional y policivo). Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado:

Esta Corporación tiene bien establecido que si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionatorio, sin embargo los principios penales se aplican, *mutatis mutandi*, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal —como forma paradigmática de control de la potestad punitiva— se aplica, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionatoria del Estado.<sup>58</sup>

En igual sentido, la Corte en Sentencia C-769 de 1998, expreso lo siguiente:

"El derecho disciplinario, por su naturaleza sancionatoria, es una especie de derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario".<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-133 del marzo 7 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-127/93 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>58</sup> Sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>59</sup> M. P. Antonio Barrera Carbonell.



Esta es la breve historia de la evolución de los principios *de legalidad* y *de reserva legal* y las múltiples variantes de su aplicabilidad en los campos del derecho penal, administrativo, sancionatorio y tributario; principios según los cuales es competencia reservada del Congreso legislar acerca de específicas materias (sancionatorio) previstas por el Constituyente y, por consiguiente, es indelegable dicha competencia en el gobierno o en cualquier autoridad administrativa. Al respecto, Sierra Porto, expresa: “...existen muchas disposiciones constitucionales que establecen un mandato al legislador, en el sentido que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por ley: ‘reservas de ley’”.<sup>60</sup>

La reserva de ley implica la exclusión del poder ejecutivo en la regulación de determinadas materias constitucionales. En otras palabras, el Congreso no puede delegar en el presidente de la República dicha regulación, por tratarse del derecho fundamental del debido proceso.

## 2. Principio de legalidad procesal

El denominado principio de legalidad procesal, según el cual “Nadie podrá ser juzgado sino..., ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, está contenido en el artículo 29, inciso 2, de la Constitución.

El fundamento constitucional del *principio de legalidad procesal* lo encontramos además, en el artículo 28 cuando expresa: “...con las formalidades legales...”.

Examinemos, en el siguiente orden, los dos aspectos procesales enunciados: el concebido como el *juez natural* *Nemo iudex sine lege* (la persona sólo puede ser juzgada por sus actos por el juez previamente establecido), es decir, el *juez o tribunal competente* como lo concibió el artículo 29; y las “las formas propias de cada juicio”, corresponde al aforismo latino *Nemo damnatur nisi per lege legale indicum* (nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal).

### A. El juez o tribunal competente

En el derecho angloamericano esta institución procesal se conoce con la denominación del *juez natural*; “la competencia judicial se rige por

<sup>60</sup> Sierra Porto, *op. cit.*, nota 2, p. 170.

los siguientes principios: legalidad, porque es determinada por la ley”,<sup>61</sup> es decir, “la competencia de los jueces... es un asunto que corresponde establecer al legislador”;<sup>62</sup> consideramos que el *juez o tribunal competente*, de que trata el artículo 29, inciso 2, de la Constitución, ha de ser también preexistente al hecho reprochable, según algunas vertientes procesales interpretativas del derecho anglosajón y del derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo tanto, toda persona tiene derecho a ser juzgado por el juez natural, o como lo expresa nuestra Constitución *el juez o tribunal competente*.

A lo expuesto inicialmente en el presente trabajo, el procesalista uruguayo Couture, refiriéndose a la carta magna, agrega que “la excepción de incompetencia..., no son sino las defensas procesales que la sublevación baronal reclamó a Juan Sin Tierra”.<sup>63</sup>

En otras palabras, esta es la razón de ser histórico-procesal de la *excepción previa* de la “*falta de competencia*”, consagrada en los modernos códigos de procedimiento civil.

Desde el punto de vista histórico-político la celebre cláusula de la Carta Magna tenía como finalidad establecer *limitaciones* al poder absoluto de los Reyes, a fin de que no *legislaran* estableciendo jueces o tribunales de “última hora”, o como centurias más tarde expresaran los defensores de los derechos humanos “tribunales de excepción”.

Héctor Fix-Zamudio comenta que: “el principio del derecho de los justiciables al juez natural o competente tiene un doble significado: por una parte implica la supresión de los tribunales de excepción y por la otra parte a prohibición de que una persona sea sustraída del juez competente para ser sometida a un tribunal diverso, generalmente militar”.<sup>64</sup>

La esencia de este derecho radica en preservar a los particulares del juzgamiento por parte de tribunales militares, constituidos por lo general a último momento y con posterioridad a la ocurrencia del hecho reprochable. No obstante esta advertencia, la Constitución colombiana esta-

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1541 del 8 de noviembre de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> Couture, J., *op. cit.*, nota 16, p. 48.

<sup>64</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988, pp. 493-514.

bleció las Cortes Marciales o Tribunales Militares para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por delitos cometido en servicio activo (artículo 221), como lo examinaremos más adelante.

Este es el antecedente histórico-político de los *instrumentos internacionales de derechos humanos*, entre los cuales, citaremos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerada como la Carta de Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al cual pertenece Colombia como Estado parte y, por consiguiente, sus efectos jurídicos lo vincula.

Examinemos la norma pertinente.

Artículo 8o. *Garantías Judiciales*.

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con la debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o *tribunal competente*, independiente e imparcial, *establecido con anterioridad por la ley...*”.

Esta formula jurídica también está contenida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XXVI, inciso 2, preceptúa: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, *a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...*”.

Esta preceptiva interpretada como lo manda el artículo 93 de la Constitución política, debe *interrelacionarse* con los derechos fundamentales reconocidos en esta Carta, entre otros, el derecho humano al *debido proceso* (artículo 29), según el cual las *leyes preexistentes* se deben predicar no solo *al acto que se le imputa*, sino también al *juez o tribunal competente*.

Independiente de la interpretación por vía del artículo 93 de la Carta, que efectuamos en el presente trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-392 de abril 6 de 2000, expresó lo siguiente: “...con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes *preestablecidos* por la ley a los cuales deben tener acceso todas la personas, en los términos de los artículos 29 y 229 de la Constitución...”.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> M. P. Antonio Barrera Carbonell; en términos similares véanse Sentencia C-552 del 31 de mayo de 2001 M. P. Jaime Araujo Rentería; C-653 junio 20 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, y en sentido diferente Sentencia C-619 de junio 14 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

### a. Cortes marciales o tribunales militares

No obstante lo anterior, se debe precisar que “los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, serán juzgados por las Cortes Marciales o Tribunales Militares, cuando cometan delitos, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (artículo 221, modificado por el acto legislativo núm. 02 de 1995, Const.). El artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996 se refiere a la jurisdicción penal militar.

### b. Autoridades indígenas

Las autoridades de los pueblos indígenas también ejercen función jurisdiccional, de conformidad con el artículo 246 de la Constitución, cuyo texto expresa: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, expresó:

...Dentro de ese orden de ideas, puede decirse entonces que, de acuerdo con lo establecido por esta corporación, tanto el juez de la república como la autoridad indígena adquiere por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguardia de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen, la lengua o la religión.

Dicha potestad está reconocida por el artículo 12 de la Ley Estatutaria 270, cuyo texto expresa: “Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la Ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio...”.

### c. Otras autoridades y particulares que ejercen función jurisdiccional

Finalmente, ejercen función jurisdiccional, según el artículo 13 de la precitada Ley 270:

1. El Congreso de la República, como motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra los altos funcionarios mencionados en el artículo 174 de la Constitución.

2. Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes (artículo 116, inciso 3, Const.).

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes (artículo 116, inciso 4, Const.).

La Constitución en el artículo 257, numeral 2, le asigna competencia, con sujeción a la Ley, al Consejo Superior de la Judicatura para *crear* cargos en la administración de justicia. No obstante, lo anterior el artículo 91 de la Ley 270 también le asignó la atribución para la “creación de tribunales”; norma de discutible constitucionalidad. No obstante, la Corte Constitucional en la Sentencia C-037/96 declaró exequible en artículo 91, considerando que el Consejo ejerce sus competencias “con sujeción a la ley”, con las siguientes precisiones:

...Significa lo anterior que sólo el legislador, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, podrá crear las categorías de corporaciones u organismo que harán parte de la administración de justicia, salvo que ellos se encuentren expresamente consagrados en la Constitución. Así, por ejemplo, el legislador está facultado para crear los llamados jueces administrativos, o puede establecer una nueva categoría de tribunales. A partir de esa situación, el Consejo Superior de la Judicatura podrá entonces tomar las decisiones de su competencia y definir, dentro del ejemplo dado, cuántos juzgados de esas características podrán operar en cada parte del territorio nacional...

## B. *Las formas propias de cada juicio*

Por *formas* se entienden todas las condiciones, trámites y procedimientos referentes al lugar, al modo y el tiempo requeridas por la ley para el cumplimiento de los actos procesales. Los actos procesales tienen un aspecto formal, una forma, un ropaje externo, que son ese conjunto de condiciones que el ordenamiento jurídico señala para el cumplimiento del acto. Pero el proceso no se reduce a ese simple aspecto formal, a ese ordenamiento de formas, sino también es ordenamiento de actividades procesales.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo, *Procedimiento penal colombiano (sumario y juicio)*, 4a. ed., Bogotá, Ediciones librería El Profesional, 1982, p. 15.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1512 de noviembre 8 de 2000, define las *formas propias de cada juicio*, como “...el conjunto de reglas señaladas en la ley, según la naturaleza del juicio, determinan los procedimientos o trámites que deban surtirse ante las diversas instancias judiciales y administrativas.<sup>67</sup> De esta forma, dicho presupuesto se erige en garantía del principio de legalidad que gobierna el debido proceso...”<sup>68</sup>

Se trata de que *las reglas de procedimiento* —o las formas, o las formalidades legales, o *formas propias de cada juicio* (artículo 29, inciso 2, Const.)— sean reguladas previamente por el legislador ordinario (el Congreso), definiendo las etapas mínimas del proceso que según la Comisión Interamericana de derechos humanos<sup>69</sup> y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina,<sup>70</sup> son las siguientes: acusación, defensa, pruebas, sentencia. La Comisión considera que el debido proceso comprende además la etapa de la apelación o revisión que nosotros denominamos impugnación.

En cuanto a las *formas propias de cada juicio* surgen dos preguntas: ¿qué se entiende? y ¿cuáles son? esas *formas propias de cada juicio*; es el tema que desarrollamos a continuación para establecer el alcance jurídico de la preceptiva constitucional que la contiene (artículo 29, inciso 2).

#### a. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio?

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal constitucional ha explicado el alcance de la expresión *formas propias de cada juicio* en la Sentencia C-140 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo,<sup>71</sup> así:

... Ahora bien, ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas —señaladas en la norma legal— que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso

<sup>67</sup> Sentencia C-562 de 1997.

<sup>68</sup> M. P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>69</sup> Informe Anual 1992/93, Nicaragua, pp. 227 y 228.

<sup>70</sup> Fallos 306: 1705 y 708: 1386, cita de Sagiés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 336.

<sup>71</sup> Mencionada en Sentencia C-927 del 12 de julio de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir con fundamento en la cláusula general de competencia...

De la jurisprudencia transcrita se infiere que las “formas propias de cada juicio” son las reglas que deben ser fijadas única y exclusivamente por el legislador ordinario (el Congreso) que, en tratándose de los procesos penales o actuaciones administrativas sancionatorias, se cimentan en el principio de legalidad.

b. ¿Cuáles son esas formas propias de cada juicio?

El artículo 29 de la Constitución, preceptúa: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”.

La Constitución distingue el debido proceso judicial del debido proceso administrativo.

En primer lugar, en el debido proceso judicial las *formas propias de cada juicio* son aquellas que denominamos *reglas de procedimiento* consagradas comúnmente en los códigos de procedimiento (civil, penal, laboral, administrativo y policivo), expedidos mediante ley ordinaria aprobada por el Congreso.

En segundo lugar, en el debido proceso administrativo las *formas propias de cada juicio*, están consagradas en el Código Contencioso Administrativo, dividido en dos partes, a saber. Parte primera, denominada *procedimientos administrativos* que a su vez se divide en dos: actuaciones administrativas (artículos 2o. a 48) y la vía gubernativa (artículo 49 a 67); la parte segunda, denominada *procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo* (artículos 135 a 252)

Forma parte del debido proceso administrativo el llamado proceso sancionatorio (disciplinario, fiscal, correccional y policivo).

En el proceso administrativo sancionatorio, según la Ley 200 de 1995 (código disciplinario único), las *formas propias de cada juicio* son las siguientes:

El Código Disciplinario Único señala las distintas etapas para el desarrollo del proceso, existiendo la preprocesal que se llama indagación preliminar, la cual se adelanta cuando el funcionario instructor tenga duda sobre la proce-

dencia de la acción disciplinaria. Ya iniciado el proceso, se señala las de investigación disciplinaria, evaluación, descargos, juzgamiento y fallo, del mismo modo que se fija el rito que ha de cumplirse en segunda instancia.<sup>72</sup>

En el proceso administrativo correccional, según la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), las *formas propias de cada juicio* son las contempladas en el artículo 59 que expresa:

El magistrado o juez hará saber al infractor que su conducta acarrea la correspondiente sanción y de inmediato oír las explicaciones que éste quiera suministrar en su defensa. Si éstas no fueren satisfactorias, procederá a señalar la sanción en resolución motivada contra la cual solamente procede el recurso de reposición interpuesto en el momento de la notificación. El sancionado dispone de veinticuatro horas para sustentar y el funcionario de un tiempo igual para resolverlo.

### c. Juzgado y juicio

En el lenguaje empleado por el artículo 29, inciso 2, de la Constitución, el término *juzgado* equivale a procesado y el vocablo *juicio* ha de entenderse como proceso. Al respecto, el procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, comenta lo siguiente:

Históricamente, y de acuerdo con su significado romanista, juicio fue sinónimo de sentencia, según lo revela, por ejemplo, la Ley I, título XXII, de la partida III, donde se lee: ‘Juicio’ en romance tanto quiere decir como sentencia en latín’. Pero posteriormente, ‘juicio’ se emplea de preferencia en el lenguaje jurídico hispanoamericano, no en su estricto significado, sino en uno amplio en virtud del cual su primitiva acepción de sentencia de dilata hasta identificarse con proceso...<sup>73</sup>

Las *reglas de procedimiento* con las cuales se juzgará a una persona en un caso determinado, deben regularse por el legislador ordinario con anterioridad a la ocurrencia de los hechos. En otras palabras, la persona que será sujeto pasivo en un proceso judicial o una actuación adminis-

<sup>72</sup> Suárez Sánchez, Alberto, *El debido proceso disciplinario*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 1998, p. 19.

<sup>73</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991, pp. 116 y 117.



trativa (como son las de carácter sancionatorio), previamente a su iniciación, deben estar contenidas en la ley las reglas de procedimiento que integrarán el debido proceso, o como dice la Constitución las “*formas propias de cada juicio*”.

#### d. Normas y procedimientos indígenas

Por su parte, el artículo 246 de la Constitución reconoce los *procedimientos* por medio de los cuales ejercen jurisdicción las autoridades de los pueblos indígenas; así está preceptuado en el artículo 12, inciso 5, de la Ley 270: “Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la Ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a *sus propias normas y procedimientos*, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes...”.

Este fue un avance logrado por la Asamblea Constituyente al reconocer un *principio de legalidad* étnico, ancestral y ético lejos de la intromisión humana civilizada. No obstante, las normas y procedimientos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y leyes de la República, pero el artículo 12 transcrito además expresa que las leyes “establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y de legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas”. ¿Qué se entiende por *actos*? Serán las decisiones proferidas por las autoridades indígenas, en ejercicio de jurisdicción, como por ejemplo una sentencia, o las normas y procedimientos que éstas expiden para regular el debido proceso ¿Sea una u otra la respuesta cómo se activaría el control de constitucionalidad o de legalidad, si la norma procedimental es consuetudinaria o el *acto* no consta por escrito? La supremacía constitucional irradia su *fuerza normativa* respecto de normas jurídicas positivas y escritas para los efectos prácticos de la revisión de constitucionalidad o de legalidad. En los ejemplos propuestos ¿cómo se probaría la existencia de la norma procedimental o del acto? Es obvio que el juez de constitucionalidad o de legalidad debe hacer la confrontación de la Constitución con la norma procedimental o el acto, a fin de hacer el control, en ejercicio de jurisdicción constitucional o jurisdicción administrativa.

El estudio del *principio de legalidad procesal* también comprende dos subtemas: el *régimen probatorio* y el de los *recursos*, que analizaremos a continuación, a fin de complementar las etapas mínimas del proceso.

### e. El régimen probatorio

Es parte integrante de las “*formas propias de cada juicio*” el *régimen probatorio* que se debe reglar por medio de ley formalmente expedida por el Congreso.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-038/96, magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó:

No cabe duda que el régimen probatorio (práctica, valoración y apreciación de las pruebas, medios probatorios, requisitos sustanciales y procesales aplicable a la aportación de pruebas etcétera), en general, se libra a la voluntad del legislador. No obstante, el sistema que se establezca no puede desconocer las garantías del debido proceso y el respeto y protección de los restantes bienes y derechos constitucionales...

Una pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra (C. P. artículo 29). A este respecto, las limitaciones legales relativas a la conducencia o admisibilidad de un medio específico de prueba, sólo resultan admisibles si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan...<sup>74</sup>

En otras palabras, las *formalidades* o *reglas de procedimiento* acerca del régimen probatorio se regularán por el Congreso mediante ley. Por ello, el inciso final del artículo 29 de la carta preceptúa que “la prueba obtenida con violación del debido proceso” es nula de pleno derecho; esto significa que las *formalidades* o *reglas de procedimiento* que integran el debido proceso deben observarse plenamente, a fin de preservar la *legalidad*.

### f. Los recursos

Integran las *formas propias de cada juicio* los *recursos* que proceden contra las decisiones judiciales, como los recursos ordinarios de reposición, apelación, queja, súplica, los recursos extraordinarios de casación y revisión, y el grado jurisdiccional de consulta; medios de impugnación

74 Cita de la Sentencia C-392 de abril 6 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

que también deben ser establecidos por la ley, formalmente expedida por el Congreso.

Veamos la jurisprudencia constitucional:

...esa facultad legal de configuración normativa para determinar las formas propias de cada juicio asegura una recta administración de justicia, como ocurre con la determinación acerca de los recursos procesales... Por ello, esta Corte ha señalado que “es el legislador el que instituye los recursos contra providencias administrativas y judiciales, indica cuándo procede, señala oportunidad para imponerlos y resolverlos y prescribe los efectos de las correspondientes decisiones.”<sup>75</sup>

De lo anterior se infiere que las diferentes etapas del proceso se regulan por medio de ley formalmente expedida por el Congreso, a saber: la acción, el juez natural, las formas propias de cada juicio que comprenden el régimen probatorio y los recursos, o sea, que forma parte del debido proceso el recurso de apelación, porque es obvio que mientras la sentencia no esté legalmente ejecutoriada el proceso aún no está terminado.

Cuando decimos ley nos estamos refiriendo a la ley preexistente, de conformidad con la jurisprudencia internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional.

Finalmente, nos referiremos a la precaria competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura para regular *trámites*.

#### g. La precaria competencia del consejo superior de la judicatura

El artículo 257 de la Constitución le asigna competencia, con sujeción a la ley, al consejo superior de la judicatura para “dictar... la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”.

El contenido de la preceptiva constitucional es claro en señalar que el Consejo no tiene competencia para expedir normas de *procedimiento*, porque como se dijo anteriormente es competencia exclusiva del legislador ordinario.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1512 del 8 de noviembre de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

En este orden de ideas, el artículo 93 de la Ley Estatutaria 270 al regular el *principio de legalidad* en los trámites judiciales y administrativos, preceptuó lo siguiente:

La facultad de la Sala Administrativa para regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en ningún caso comprenderá la regulación del ejercicio de las acciones judiciales ni de las etapas del proceso que conforme a los principios de legalidad y del debido proceso corresponden exclusivamente al legislador.

Lo anterior significa que el Consejo no tiene competencia para establecer las *reglas de procedimiento*, o mejor las *formas propias de cada juicio* que integran el debido proceso, por cuanto dicha atribución corresponde exclusivamente al legislador ordinario, conforme al principio de legalidad. El Consejo solo puede regular *trámites*, pero no las etapas de los procesos, sean judiciales o administrativos; por ello se afirma que la competencia es precaria, como también lo es para crear tribunales, según lo expresado con anterioridad, por respeto al *principio de legalidad*.

### 3. *El principio de legalidad y la jurisprudencia internacional de derechos humanos*

Acerca de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el campo del derecho administrativo (en especial, en los procesos administrativos sancionatorios), entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una reciente sentencia, proferida el 2 de febrero de 2001, en el caso Baena Ricardo y otros contra el Estado de Panamá, expresó lo siguiente:

Corresponde a esta Corte, por lo tanto, determinar el ámbito de incidencia del artículo 8o. de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales.

124. Si bien el artículo 8o. de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que

pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; *el individuo tiene el derecho al debido proceso* entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, *tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y en la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para deducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

...

129. La justicia realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, *se debe garantizar en todo proceso disciplinario*, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8o. de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso (las cursivas no son del texto).

El aporte de la jurisprudencia internacional replantea el concepto y alcances jurídicos de las garantías procesales aplicables en el campo del derecho administrativo, concretamente en las actuaciones administrativas y en los procedimientos administrativos, en los cuales el artículo 8o. de la Convención Americana tiene efectiva aplicabilidad, independientemente que se tittle *garantías judiciales*; así mismo es viable en los procesos disciplinarios y en los demás sancionatorios que no sean penales, como en los fiscales y correccionales, porque las garantías mí-

nimas contenidas en el numeral 2 del artículo 8o. son extensivas al numeral 1, así su contenido sea de carácter penal. El valor que se protege es la *justicia* por medio del debido proceso legal, considerado como un derecho humano.

En otras palabras, las garantías procesales contenidas en el artículo 8o. se deben aplicar no sólo en los estrados judiciales sino también en la administración.