

La moralidad objetiva como principio del Estado constitucional en Colombia (*)

POR EDUARDO ANTONIO PALENCIA RAMOS (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Un debate clásico y un ordenamiento jurídico actual explicado a través de este.— III. “El nuevo derecho” judicial y la concreción del Estado constitucional.— IV. Conclusiones.— V. Bibliografía.

Resumen: la búsqueda de los derechos fundamentales en el ser humano ha sido una lucha incansable en la que los diferentes Estados asumen, a veces, posiciones nugatorias, excluyentes y avasallantes. En países de tradición formalista como el colombiano esta importante misión fue asumida por los órganos legislativos y ejecutivos, tradicionalmente dominantes de la política y el derecho; sin embargo tras la ascensión de la Constitución política de 1991 hubo una refundación en el sistema, a partir de allí el máximo tribunal constitucional se arroga una función creadora, fundando sus decisiones en principios morales encontrados en la Constitución lo que hace factible no solo un nuevo derecho sino una garantía para sectores antes excluidos.

Palabras claves: moral objetiva - Estado constitucional - antiformalismo - derecho judicial - Corte constitucional

Objective morality as principle of the Constitutional State in Colombia

Abstract: *the pursuing of fundamental rights in the human being, has been a relentless fight in which different kinds of states assume, sometimes, nugatory, exclusive and overwhelming positions. In countries like Colombia, with a formalist position, this important role was assumed by the traditionally dominant organs in politics and law, such as the legislative and executive; however, after the ascension of the Constitution of 1991, the system was refounded. From there, the constitutional court boasts a creative function, founding its decisions in the moral principles found*

(*) Este artículo es el resultado parcial del Proyecto de investigación: “La eficacia del precedente judicial a nivel de los jueces administrativos del distrito de Barranquilla”, Grupo de investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar.

(**) Abogado, Magister en Derecho Público y Ciencia Política. Prof. Investigador del Grupo Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia.

within the Constitution making possible not only a new form of Law, but a warranty for previously excluded social sectors.

Keywords: *objective morality - constitutional state - anti-formalism - judicial law - constitutional Court*

I. Introducción

El derecho como ciencia social debe estar consustanciado con la dinámica del contexto en el que se establece, por consiguiente se entiende como un axioma, que al abordar su estudio este será acorde con los acontecimientos más recientes acaecidos en la sociedad. Esta situación, comprendida por las universidades, ha obligado a que se replanteen los contenidos programáticos de todas las instituciones de educación superior, con el propósito de que los docentes puedan tener una visión reciente, que impida el anquilosamiento conceptual y argumentativo.

Podemos colegir que existe un imperativo en general: “solo es apreciable el estudio y análisis de lo factual o novedoso”, ya que esto es lo que le permite al jurista o estudiante del derecho poder hacer aportaciones a la sociedad en la que se desenvuelve, tener una cosmovisión crítica de su realidad y convertirse en verdadero agente de cambio del sistema al cual pertenece.

Es lógico que debe haber una evolución en el estudio del derecho, pues no se puede concebir que en las universidades se pretenda construir un conocimiento respecto a como se hacía hace dos siglos, además es entendible y hasta congruente que la metodología a emplear en la enseñanza del derecho varíe sustancialmente. No obstante, sería un error soslayar las contribuciones de los doctrinantes, creadores de teorías clásicas en la ciencia jurídica, que nutrieron y siguen nutriendo al derecho actual. Pareciere incluso paradójico, que desde las investigaciones del derecho, por muy actuales que pretendan ser, siempre se aluda, en algo o en mucho, a asuntos teorizados con anterioridad.

Hacer referencia a lo fáctico, incluso, es una doctrina clásica, si se mira que desde las teorías sociológicas del derecho se toma en cuenta a la sociedad y los distintos factores que en ella convergen para la formación de teorías. Elrich, en su célebre discusión con Kelsen, ya planteaba por ejemplo, que era el comportamiento y no la norma el objeto de estudio del derecho; mucho antes el historicismo, en cabeza de Savigny, determinaba que el derecho era producto espontáneo de la sociedad, así como lo fue el lenguaje, la cultura o las costumbres. Todo ello para contrarrestar a la exegesis, cuyo rasgo característico era el de identificar al derecho con la ley como idea del legislador.

Un connotado autor como Ferrajoli (2004) explica lo que según él se denominan hechos observados. La respuesta suele ser ambivalente pues puede ser contestado como la norma jurídica, y de esta manera sería parte de la dogmática, o como fenómenos jurídicos, y en este caso hace parte del realismo. Este último obedece a la sociología jurídica. Como se ve siempre se buscan tendencias que obedezcan a lo actual, se supone que nada más propicio para ello que aludir a la sociedad, pues es allí donde se suscitan los eventos que permiten tener una concepción reciente del derecho.

De esta manera, y aunque no se quiera, el retorno a lo clásico es indispensable y nunca, por contradictorio que parezca, obsoleto. En Colombia por ejemplo, desde el advenimiento de la Constitución de 1991 se han presentado cambios considerables en el ordenamiento jurídico, ya que a la clásica tridivisión de poderes (ejecutivo, legislativo, judicial) se le aúna lo que teóricos como Castaño (2010) consideran como un cuarto poder. Cuyo protagonista es la Corte Constitucional. Esta institución se erige como órgano de cierre con carácter definitivo, gracias a su función de garante de la Carta Magna y sentencias que obedecen a cosa juzgada, su importancia ha sido tan enorme que trasciende la rama jurisdiccional de la que originalmente hace parte. Al respecto señala Castaño (2010) “con el apareamiento de los Tribunales Constitucionales de estirpe judicial, vino adquirir nueva dimensión la teoría democrática, hasta el punto que la garantías políticas propias del constitucionalismo liberal se han trastocado, permitiendo la superación del mero esquema formalista” (Castaño, 2010: 21).

Lo anterior conlleva a reconsiderar las teorías clásicas como la del legislador positivo y negativo, entendido el primero como aquel que tiene la facultad para crear y derogar leyes. En este caso quien siempre ostentó la calidad exclusiva, de este tipo, fue el legislativo, órgano tradicionalmente superior, por el legado legalista colombiano. Y el segundo como aquel que solo puede excluir del ordenamiento a leyes, por ejemplo por vicios de inconstitucionalidad. En este caso la función que estaba encomendada a tribunales superiores. Empero con la función, atribuida por la Constitución, a la Corte Constitucional, se genera una refundación de conceptos, pues las sentencias del máximo órgano de justicia constitucional, se convierten en precedentes que a su vez sirven para resolver, otros casos con similitudes fácticas. Por ende su función además de control es creadora. Se advierte entonces que el entendimiento de la dinámica del ordenamiento, solo es posible con el conocimiento de teorías que se consideraban petrificadas.

El caso de la Corte Constitucional colombiana sirve como emblema para caracterizar lo que hasta el momento se ha pretendido establecer, pues, como ya se mencionó, una comprensión loable, de la actual funcionalidad de las instituciones, pertenecientes al poder público, en Colombia, solo es posible tomando

en cuenta conceptos, incluso olvidados, y solo estudiados, en algunos casos, por estudiantes de primer año de derecho. Habida cuenta de ello, también tendríamos que recurrir a la relación, existente entre el derecho y la moral. Su motivo, la Corte Constitucional basa, la mayoría de sus sentencias en principios constitucionales, aspecto, inopinado para quienes todavía continúan bajo la concepción del sistema fundado en la soberanía legislativa.

Cabe, sin lugar a dudas, otra paradoja, pues se presenta un antiformalismo (tendencia, si se quiere contemporánea) que se enfrenta a un formalismo, clásico, sin embargo para entender la corriente antiformal, se precisa volver al antiguo debate con el objetivo de determinar el accionar del máximo órgano constitucional, de esta manera, las teorías iusnaturalistas que reducen la validez del derecho a la justicia (moral), las teorías del positivismo clásico que consideran al derecho válido desde que es creado por el órgano competente, y de esta forma separan al derecho de la moral y las teorías que relacionan a ambas, derecho y moral, deben volver a estudiarse.

Su estudio no obedecerá a un ánimo academicista, ni de rigor intelectual, sino que será, absolutamente necesario para explicar las nuevas características desarrolladas en el contexto jurídico colombiano. También debe puntualizarse que a las teorías señaladas, se le sumará una que se erige como el argumento de quienes respaldan, lo que se ha denominado “el activismo judicial” ejercido por la Corte Constitucional. Ella es la moralidad objetiva o constitucional, sustrato del presente artículo, pues su aplicación es estandarte axiológico y epistemológico de las sentencias emanadas del órgano jurisdiccional colombiano.

La moralidad objetiva tiende a considerarse como el argumento que se esgrime contra quienes afirman que existe un “gobierno de los jueces” que conllevaría al país a la anarquía y al surgimiento de sentencias arbitrarias que no toman en cuenta el sentir popular, sino la decisión sectaria de un grupo reducido de personas.

En un país, como Colombia, donde la democracia se entiende de forma plebiscitaria, el surgimiento de sentencias que favorezcan a sectores antes excluidos parece inaudito y contrario al estado de derecho. No obstante con decisiones fundadas en la constitución se puede advenir a un verdadero estado constitucional y no a un simple estado dotado de constitución.

Por esta razón en la primera parte del artículo se hará referencia a las teorías clásicas concernientes a la relación del derecho y la moral, con el fin de aclarar los conceptos sobre ello. Esto permitirá entender, el por qué, la Corte Constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano se convierte en el estandarte del “nuevo derecho”. También se explicará el concepto de moral objetiva, sustrato de la presente reflexión. En la segunda parte se hará una aproximación teórica

acerca del estado constitucional, así mismo, se aludirán a algunas decisiones judiciales de la Corte Constitucional en la cual se aclara el concepto de principios y se utilizará, en la última parte del artículo, la sentencia SU- 214 de 2016, referida al matrimonio igualitario en parejas del mismo sexo, pues allí se reflejará la moral objetiva y la función de los jueces en búsqueda de un verdadero estado constitucional. Todo lo anterior nos conllevará a las conclusiones pertinentes.

II. Un debate clásico y un ordenamiento jurídico actual explicado a través de éste

La controversia es un elemento inherente al derecho, no solo por las razones litigiosas propincuas de la práctica cotidiana, sino porque las teorías se sustentan y adquieren mayor relevancia, en el marco de las ciencias jurídicas, cuando aparecen otras que las confutan. Este último aspecto lejos de ser algo negativo, es realmente un hecho superlativo, pues a mayor refutación, mayor es el interés que puede despertar en el pensamiento jurídico.

En Hans Kelsen, por ejemplo, podemos graficar de manera más legible lo que mencionamos, toda vez que los conceptos del eminente iusfilósofo vienés, son aún motivo de controversia, a tal punto que es muy raro, encontrar facultad de derecho alguna, en donde no se discuta sobre las aportaciones doctrinales del creador de la teoría pura del derecho, a nuestro modo, claro está y con nuestros errores; pues por mucho que se estudie una doctrina siempre habrá elementos que la tergiversen, máxime cuando estas provienen de otros contextos culturales e históricos; al respecto (López, 2013: 13) señala:

“A la asimilación subyace una dinámica de imitación, o como decían los filósofos clásicos griegos, de mimesis. Desde Platón, sin embargo, la ontología occidental ha asumido, en perjuicio de nosotros, sempiternos imitadores, que el producto mimético o imitativo es una reproducción en la que la original pierde claridad y fuerza existencial”.

Más allá de un perjuicio, la situación planteada antes, magnificó la imagen académica de Kelsen, logrando incluso a llegar a crear escuela de epígonos y de contradictores (1) quien equivocados o no siguieron promoviendo sus disquisi-

(1) Pueden citarse los ejemplos de Alf Ross, primero discípulo y luego contradictor, Norberto Bobbio, defensor de las teorías Kelsenianas en Italia, luego opuesto a sus ideas en torno a la función social que debía cumplir el derecho. en Latinoamérica es preciso recordar la controversia con el argentino Carlos Cossio quien en su teoría egológica establece como objeto del derecho a la conducta humana en interferencia intersubjetiva, por oposición a la norma jurídica.

ciones, aspecto que solo pudo redundar en favor de nosotros los estudiantes (2) de derecho.

Las teorías que hacen parte de las ciencias jurídicas son producto de la cosmovisión, ¿por qué no?, también de experiencias y fenómenos sociales, económicos, históricos, culturales, de quien la expone; piénsese, verbigracia, en la idea marxista del derecho o en los conceptos de Von Savigny. Ahora bien, toda es susceptible de críticas lo cual como se mencionó robustece la teoría.

En el campo del derecho es habitual encontrarse con dualismos (3) cada uno de ellos parecieren tendencias irreconciliables e incompatibles; estos han sido asumidos por diferentes pensadores para tratar de dar respuesta a una de las preguntas más comunes y compleja (por lo interesante de su amplitud) en resolver ¿qué es derecho? por ello es lógico que en los primeros años universitarios al estudiante de derecho se les enseñe (con el propósito de la construcción y no de la imposición rigorista) estos dualismos, con el fin de que este empiece a advertir lo insondable del mundo jurídico. La respuesta que se acoja también estará supeditada a la idea que él se vaya formando.

Los dualismos constituyen, desde el punto de vista axiológico, una gran importancia para las ciencias jurídicas, aun cuando algunos de los más connotados iusfilósofos, como el ya mentado Kelsen, hayan pretendido sincretizarlos (4) toda vez que proporcionan debates, proficuos no solo para el ámbito academicista, sino que nos ayudan a comprender la práctica jurídica y en suma el desarrollo del ordenamiento normativo, así como también la actuación de las instituciones que hacen parte de él.

Habida cuenta de lo anterior, nos conlleva a determinar que existen dualismos cuya vigencia hasta el momento ha sido casi perpetua, pues el conocimiento de ellos será vital en nuestra propia experiencia jurídica. Quizás el debate mayormente asiduo es el del derecho positivo y derecho natural, de este subyace otra polémica, del mismo orden por su importancia; la relación entre derecho y la mo-

(2) Se apela a esta expresión en disenso a, la comúnmente empleada, “estudioso”, ya que, en nuestro parecer, se estudia en torno a una ciencia sobre lo que no todo está dicho. La consideración es mucho más que una simple veleidad semántica, es cuestión de apreciar que quien decide enfatizar sus disquisiciones en el ámbito jurídico debe comprender que no hay concepciones unívocas o totalizantes y que siempre tendrá la necesidad de buscar argumentos doctrinales que lo coadyuven a enriquecer su idea.

(3) Derecho público y privado, derecho objetivo y subjetivo, derecho positivo y natural, formalismo y antiformalismo.

(4) Uno de los dualismos que según Hans Kelsen debe sincretizarse es el de derecho y estado, pues para él, estado y derecho son lo mismo. No habría razón de ser según esto de emplear la expresión estado de derecho pues sería una redundancia.

ral. Bajo estas dos tendencias la mayoría de autores ha direccionado su interés y han formulado sus teorías.

En Colombia el ordenamiento normativo experimentó transformaciones interesantes, por demás, con el advenimiento de la constitución política de 1991, en gran medida porque surge el Tribunal Mayor de Justicia Constitucional, quien inicia sus funciones en 1992, y a partir de allí eclosiona una nueva concepción de tipo antiformal en un estado de marcada tradición legocéntrica. Así lo entiende (Castaño, 2010: 80):

“El establecimiento de la jurisdicción constitucional, en cabeza de la corte constitucional ha tenido un profundo significado en el desarrollo que por vía de jurisprudencia han tenido los derechos fundamentales, al punto que la mayor parte de los conflictos intersubjetivos en los que está por medio la violación o amenaza de algunos de estos derechos, se resuelven básicamente a partir de la constitución y con base a los criterios hermenéuticos fijados por la corte constitucional”.

Para entender la arrogación de esta nueva tendencia, es de sumo interés conocer la base interpretativa asumida por la corte constitucional, en ella estará inmerso el debate de los principios morales sobre el derecho legalista, por ende nos sumamos a él.

Las diferencias entre derecho positivo y natural son ostensibles además de marcadas. Puede decirse del primero, que según algunos autores como D’Agostino, guarda relación, aunque tenue, con el positivismo de Augusto Comte y Herbert Spencer; al respecto el pensador italiano establece:

“Si bien como movimiento de ideas, no deriva de manera alguna de los principios Comtianos y Spencerianos que están en la base del positivismo *toutcourt*, el iuspositivismo comparte con él una serie de prejuicios gnoseológicos, enraizados en una irreductible desconfianza respecto a la metafísica y en una profunda hostilidad hacia cualquier doctrina iusnaturalista” (D’Agostino, 2007: 95).

No obstante si se quiere asumir una posición más sencilla en función de la inteligibilidad de conceptos, podríamos mencionar que el derecho positivo, se destaca por ser una creación humana, que surge cuando se origina el estado y la monopolización que este hizo de la norma como reguladora del orden social. Una de las funciones primordiales del ente estatal era identificar todos aquellos comportamientos que pusieran en riesgo la armonía del conglomerado y castigar a los sujetos que incurrieran en estas transgresiones, luego entonces se entiende que el estado además de monopolizar la ley también lo hacía con la fuerza (coacción).

Otras características del derecho positivo, por ejemplo, es su carácter relativo, es decir que varía conforme a las circunstancias, hechos y factores que le son inherentes a cada sociedad, por ende, se colige, que los ordenamientos jurídicos positivos son diferentes de acuerdo al contexto. Además se menciona a la escritura (5) y autores como Noguera (2008) hablan de la vigencia como rasgos característicos.

El derecho natural es una antítesis de la anterior corriente, su entendimiento es más sencillo si se realiza un parangón con el positivismo, ya que no alude a una creación de los seres humanos a través del estado, sino que surge de la naturaleza humana, por consiguiente su relación con la individualidad e inalienabilidad será determinante. Debe decirse que al poseer la característica antes señalada su idea va a ser absolutamente disímil, pues atenderá a aspectos como la universalidad, ya que existen desde las primeras sociedades humanas hasta nuestra actualidad; y la inmutabilidad, toda vez que no cambian, se presentan en todo tiempo y todo lugar de forma inconvencional.

Ambas tendencias crearon epígonos, que intentaron establecer la prevalencia de una sobre otra, algunas escuelas iusnaturalistas consideran, incluso, que no solo prevalece el derecho natural sobre el positivo sino que el primero es mejor. Como por ejemplo señalaban los sofistas quienes hablaban de un justo legal y un justo natural, donde este último es loable pues la naturaleza, por ejemplo, nos hace iguales y la ley crea diferencias que en última instancia ocasionan la desigualdad (6).

Empero, y pese a las diferencias notorias, antes referidas, el debate surge, principalmente por el contenido moral que uno posee y el otro rechaza. En efecto para el derecho positivo la moral no es elemento de validez (7) en el derecho, mientras que para el derecho natural, solo una ley es válida cuando es justa. Esta polémica, tan vetusta como importante, hace que la tensión entre ambas tendencias del pensamiento jurídico sea cada vez más intensa.

(5) Derecho escrito lo llamaban desde la filosofía clásica griega. Son variadas las menciones que de esta clase de derecho hicieron diferentes escuelas o pensadores, que a su vez contrastaba con el derecho no escrito (ley natural).

(6) Un ejemplo similar lo encontramos en otro adalid del derecho natural como Jean Jaques Rousseau, pues consideraba en su discurso de 1755 "origen de las desigualdades entre los hombres" a la civilización como la corruptora de la humanidad. Puntualizaba el pensador Ginebrino que instituciones como: la esclavitud y la ley de propiedad, habrían creado desigualdades y jerarquías sociales.

(7) Nos referimos a la validez como uno de los tres criterios del derecho, eficacia y justicia completan la triada. Para el derecho positivo, la validez se refiere a la facultad de creación o existencia, así las cosas, el derecho es válido si ha sido creado por el órgano que tenga el poder o competencia en el ordenamiento jurídico.

La reducción del derecho a la moral o la separación de ambos, han suscitado en el marco de las ciencias jurídicas, enfrentamientos de índole académico interesantes, no obstante este no queda circunscrito a la elite del pensamiento jurídico, sino que también marcha hacia la controversia abogadil, propia de la práctica jurídica.

Un escenario histórico de este enfrentamiento se ubica en la edad media, en este periodo varios jerarcas eclesiásticos, entre los que se destacan Santo Tomás y San Agustín, enfatizaron en varias de sus obras, sobre la necesidad de lo justo, por ejemplo una idea tomista era la de considerar al “derecho como objeto de la justicia” (S. Tomás, 2001) además se estableció la resistencia a las leyes injustas, como una forma de oponerse a los mandatos tiránicos; así por ejemplo (De Salisbury, citado por Naranjo, 2010: 39) establecía: “entre un tirano y un príncipe existe esta diferencia única y principal: que el último obedece a la ley y gobierna al pueblo de acuerdo con sus dictados, considerándose como mero servidor suyo” (8). Sobra decir que en este contexto se aprecia una importante victoria del iusnaturalismo, por consiguiente es de advertirse que “la edad antigua y medieval es claramente aquella en la cual el derecho es considerado en función de la moral” (D’Agostino, 2007: 26).

Sobre las premisas antes referidas se crea la denominada teoría tradicional (González, 2010) en la que se afirma que “el derecho es simplemente una parte de la moral provista de sanción positiva” (González, 2010: 16). Como se describió, quienes hacían parte de esta teoría establecían al derecho y moral como parte de un mismo orden, sin embargo aducen que la moral prevalece ante el derecho.

Con lo anterior el derecho queda reducido a un simple orden moral, por consiguiente autores como Bentham y Jellinek denominaron a esta teoría como “mínimo ético” pues el derecho representa el mínimo moral que debe cumplir el ser humano en la sociedad en aras de la armonía (Cathrein, citado por Noguera, 2010: 8) resume de la siguiente manera esta concepción:

“De tres maneras, se relaciona esencialmente la ley jurídica con el orden moral: primero, en cuanto que conforme a su naturaleza produce un deber moral; segundo, en cuanto que tiene en la ley moral natural la fuente y el fundamento de su obligación, y, finalmente, en tercer lugar, en cuanto que en la misma ley moral natural tiene su norma y su límite infranqueable”.

(8) Este último precepto también se refiere a la soberanía popular, otros de los logros constitucionales alcanzados en la edad media. Respecto a la tiranía, es menester considerar el rechazo que frente a la misma hacían muchos pensadores políticos, entre ellos Platón y Aristóteles. quienes en favor de la moderación eran opuestos a cualquier forma de gobierno en el que los excesos se hicieran presentes. Para Platón un tirano era quien empleaba la violencia, para Aristóteles quien gobernaba sin importar el interés general. Para ambos era la peor forma de gobierno.

En el escenario colombiano particularmente, las tres premisas, mencionadas por Cathrein, no tienen un efecto determinante, si se entiende que el legocentrismo arropó toda intención de la moral para sobreponerse al derecho. Esto fue una concepción pergeñada desde el advenimiento de la república, los padres fundadores formaron una idea del derecho de índole liberal y formalista. Bolívar y Santander dos de los grandes responsables de la organización territorial, política y jurídica colombiana, asumen la dirección, en diferentes periodos y no exentos de acres disensiones, del ordenamiento jurídico nacional; Valencia (2014: 115) describe a Francisco de Paula Santander de la siguiente manera: “llamado por Bolívar el hombre de las leyes y el organizador de la victoria, en virtud de su devoción por la legalidad y sus talentos administrativos, Santander ha ocupado un lugar central en la historiografía colombiana como el más autorizado exponente de la voluntad originaria de la nación para gobernarse conforme a derecho” aunque cabe mencionar que nunca las ideas se apartaron de vincular la moral en el derecho y en la política (9).

No obstante, es ingenuo denostar a la teoría del mínimo ético antes señalada, pues la relación del derecho y la moral, en el orden jurídico colombiano, son evidentes, incluso la alusión de la religión como fuente de la moral, es palmaria en la historiografía constitucional (10). En la legislación colombiana, ello se ve plasmado en importantes normas para el sistema, como la ley 157 de 1887 en su artículo 13, allí se aúna el cristianismo a la moral y se establece como requisito de la costumbre: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” (Congreso de la República, ley 157, 1887).

Cabe mencionar que la expresión “moral cristiana” era establecida en épocas de confesionalismo, promulgado por la constitución de 1886, pero que tras la ascensión del laicismo propuesto por la carta política de 1991 (11) se presenta como una antinomia. Sin embargo el Tribunal Constitucional en sentencia C-224 de 1994 explica que moral cristiana debe entenderse como moral social:

“La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que

(9) Simón Bolívar cuyo acervo doctrinario se fundó en la teoría de índole liberal-roussonian, propuso en el célebre discurso de angostura de 1819, la creación del poder moral, que vendría a ser una cuarta función pública, junto a la ya conocida tridivisión.

(10) La Constitución de 1886, antecedente a la de 1991, contempló el “estado confesional católico”. Es de recordar que un año más tarde a su promulgación, entre la iglesia y el estado se celebró el denominado concordato, acuerdo éste que permitió a la institución católica dirigir, en gran parte, la educación primaria y secundaria del país. Las reformas subsiguientes enfatizaron en este aspecto, verbigracia, la de 1957 en su preámbulo.

(11) Artículo 19.

suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la 'piniojuris', según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable. Entendida la expresión 'moral cristiana' como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular" (Corte Constitucional, sentencia C-224-1994: 1).

En la misma sentencia, la corte constitucional refirma la relación entre moral y derecho. En ella también determina que la idea de una moral social escinde toda posibilidad de una moral individual o relativa, que es quizás la idea propugnada por las corrientes del positivismo separatista:

"No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social" (Corte Constitucional, Sentencia C-224-1994).

Sin embargo, así como el iusnaturalismo planteó un derecho de características metajurídicas, superior al derecho creado por los hombres, que por determinadas razones estará sujeto a la voluntad, condiciones e intereses del ser humano, por ende excluyente, el iuspositivismo no carece de fundamentos históricos y sociales para hacer frente a las críticas antes vertidas. Es preciso recordar que la corriente positivista fue producto de las luchas sociales del liberalismo iniciado desde Inglaterra en plena edad media (12) y que posteriormente fue extendiéndose a otras latitudes como Estados Unidos y Francia.

(12) La Carta Magna de 1215 realizada durante la monarquía del rey Juan Sin Tierra.

Durante el siglo XIX se experimenta un triunfo del derecho positivo y los ordenamientos jurídicos empiezan a crearse bajo la tendencia antes señalada, Latinoamérica se convierte en un contexto de recepción de esta corriente. La influencia que recibe, sobre todo del derecho civil francés y del sistema de gobierno estadounidense fueron definitivos. La escuela de la exégesis desarrolló una visión del derecho que se expandió a todos los ámbitos jurídicos, desde la universidad, (López, 2013), hasta la práctica cotidiana.

Debe hacerse notar que los movimientos constitucionalistas dados en los países antes mencionados, fundaron un derecho cuyo basamento era la soberanía legislativa en cabeza de una de las ramas del poder público (13), esto hizo que el legislador se convirtiera en la figura protagónica del ordenamiento jurídico y la función judicial tuviese un rango subalterno. La misión de los jueces, en este sentido, era meramente de aplicación de la norma jurídica. Siguiendo la teoría liberal Montesquiana, no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley. Para la comprensión de esta tarea atribuida a los jueces deben tenerse en cuenta las conquistas históricas ya mencionadas.

Habida cuenta de lo anterior se precisa recordar que al tener la función legislativa un origen popular, y este a su vez, ser un logro alcanzado luego de muchas luchas ciudadanas, era lógico colegir que la ley tuviere un imperio y fuere la fuente primordial del ordenamiento jurídico republicano y de monarquías constitucionales incipientes. Por ende la ley no solo debe ser obligatoria, general e impersonal, sino también la única que garantice el orden, seguridad y armonía social. Dejar al arbitrio de los jueces la posibilidad de interpretación conlleva a que se trastorne y anarquice la sociedad, puesto que estos podrían incurrir en el subjetivismo al momento de establecer su fallo (14).

El positivismo clásico, como el que se acaba de reseñar, en donde se contempla al juez como una “máquina de dar sentencias” para resolver problemas de los particulares en la sociedad, reduce la validez del derecho a la existencia y creación de la norma jurídica. Esto es, luego de ser creada por el funcionario competente (o que tiene poder) en el ordenamiento, el derecho ya es reconocido, indistintamente de su contenido o no de justicia.

Las razones *iuspostivistas* antes planteadas, establecen a la moral y el derecho como ciencias (o disciplinas según la cosmovisión de cada quien) que no pueden

(13) Parlamento, en Inglaterra; Asamblea, en Francia; Congreso, según los Estados Unidos.

(14) Otro aspecto conforme a la función concedida a los jueces en el liberalismo, se encuentra relacionada con la teoría de separación de funciones, toda vez que al existir un influjo del ejecutivo sobre el legislativo, no podría considerarse una plena democracia. Antes de las revoluciones liberales la rama judicial era un simple instrumento de la monarquía.

sincretizarse. Por ende la validez del derecho no se encuentra sujeta o reducida a consideraciones que no fueran atinentes a aspectos estrictamente normativos. Surge como, consecuencia de lo referido, la denominada teoría “separatista” en la que se establece que tanto derecho y moral son totalmente diferentes y por consiguiente debe estar excluido uno del otro.

Diversos pensadores asumen una posición cercana a la teoría antes mencionada, entre ellos podemos encontrar a Cristian Tomasio, quien, precisamente, escinde a lo jurídico de lo ético o de la moral por determinarlos como objetos diferentes. En efecto, para este pensador perteneciente al racionalismo alemán, existían tres aspectos que si bien es cierto pueden entenderse relacionados, pues buscan la felicidad individual, son totalmente diferentes y por consiguiente merecen ser distinguidos, ellos son la justicia, el decoro (15) y la moral. Conforme a ello “las normas éticas o morales constituyen obligaciones internas, mientras que las del decoro y la justicia son obligaciones externas que requieren para su cumplimiento de la existencia de por lo menos dos sujetos” (López, 2002: 198).

Se puede comprender luego de advertir las razones que llevan a este ius-filósofo a plantear una teoría separatista, que al tener objetos disímiles, moral y derecho, no puede pretenderse que haya un ensamble entre ambos. La moral pertenece al fuero interno, el derecho pertenece al fuero externo, según la concepción de Tomasio, “buscaba fijar un límite al poder del estado, a fijarle una frontera a su acción” de esto subyace una de los principales aportes en este pensador, la libertad de pensamiento y de conciencia, ya que si el estado, como creador del derecho, se enfoca a lo social no puede interferir con lo interno del individuo, que en este caso es la conciencia (Noguera, 2010: 48).

Llegado a este punto es conveniente decir que al separar el estado de la persona humana se propugna por el respeto a la individualidad; con lo anterior no se pretende deshumanizar al ente estatal, esto es, desvirtuar la función que tiene con los integrantes del conglomerado social, lo que se busca es defender la libertad inherente de las personas. Nada ni nadie puede interferir en la conciencia de cada quien, aspecto, este, luchado por el liberalismo (16).

(15) Está claro que la justicia se refiere al derecho y el decoro a las denominadas reglas del trato o convencionalismo social. ambas tanto la justicia y el decoro comparten la característica de lo externo y la heteronomía, la distinción es la coerción, ya que el derecho se encuentra provisto de este elemento.

(16) El hombre del siglo XIX creyó que con la consecución de estos derechos y libertades su felicidad quedaba asegurada, sin tomar en consideración que la exacerbación de estos fueron motivo de atropellos entre los mismos seres humanos. Como corolario surge la revolución industrial que en algunos aspectos fue sustancial por el desarrollo económico y civilizatorio acaecido, pero también peyorativo en materia social y laboral.

De tal suerte el estado queda reducido a ser un productor de normas y a través de ello garante de la seguridad ciudadana. Esto era meramente el derecho; sin embargo coexisten otras teorías, como la de la relación jurídica, en la que las normas también pueden ser creadas por medio de la relación entre particulares. En Kant puede notarse esta última concepción, en efecto para este eminente pensador el derecho es “el conjunto de condiciones, por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según la ley universal de libertad” (Kant citado por Bobbio, 2013: 15).

Se advierte similitud con la teoría de Tomasio, primero en cuanto contemplan a la libertad como parte esencial del derecho, y en segunda medida porque Kant también considera y hace parte de los teóricos que establecen la separación de la moral y el derecho. Una mejor comprensión del tema aludido puede desarrollarse si se conoce la clasificación y diferenciación que el ius-filósofo alemán hace de los imperativos categóricos e hipotéticos.

Los primeros encierran una acción buena en sí misma es decir, como debe cumplirse en sentido absoluto, no admite condiciones; por su parte los segundos, no son buenos en sentido absoluto, por dicha razón se cumplen condicionalmente; a partir de esta distinción se puede señalar la forma como se expresa el mandato, a saber, como juicios categóricos e hipotéticos, en donde los primeros mencionados, atribuyen un predicado a un sujeto, como expresión de una verdad, los segundos establecen un antecedente y un consecuente que se presentan por el cumplimiento, o no, de aquel; ambos pueden explicarse de la siguiente forma: “en los juicios categóricos nada es problemático; por el contrario, todo es en ellos asertórico, no sucede lo mismo en los juicios hipotéticos: solo la consecuencia es asertórica” (Kant, 2004: 167).

Se colige que los imperativos categóricos hacen parte de la esfera moral mientras que los hipotéticos se ubican dentro del ámbito jurídico, de esta forma, por ejemplo, se establecen las normas sancionatorias en las que la consecuencia jurídica sobreviene por la realización del antecedente, hipótesis o supuesto jurídico. Como puede verse al ser mandatos disímiles no pueden pertenecer al mismo campo.

También es importante mencionar que para Kant el hombre debe comportarse de tal manera, que su conducta se convierta en mandato universal, por consiguiente la moral tendría esta última característica, si ello se considera de esta forma no puede sincretizarse con el derecho cuya una de sus principales características es el dinamismo y la relatividad de los ordenamientos jurídicos, toda vez que cada uno es creado y modificado conforme a las necesidades del contexto en el que se establece.

Siguiendo con el mismo autor, se precisa mencionar que según su concepción teórica en toda legislación existe una ley y un móvil (Noguera, 2008) en la cual el último puede entenderse como inclinación o motivación que tiene el sujeto para comportarse de determinada manera, en el derecho no importa el móvil, pues solo es bueno el comportamiento que se cumple por la moral y nada más que eso. Lo importante, según este sentido para el derecho es la eficacia de la norma jurídica por parte de los individuos pertenecientes a una sociedad (Noguera, 2008: 43).

De estas mismas circunstancias respecto a la separación entre derecho y la moral expone Hans Kelsen su teoría, aunque no precisamente esta es la motivación principal del pensador vienés en la creación de su obra icónica la teoría pura del derecho (17), como lo afirma Candamil (2014: 70):

“la exigencia de distinguir moral y derecho es irrelevante pues la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas de derecho, como prescripciones de deber, constituyen valores, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y en evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”.

Kelsen influenciado por la escuela neokantiana de Marburgo representada por Herman Cohen, se adhiere a las ideas del yo, pero no desde la individualidad sino desde lo social, lo cual hace que surja un concepto que para muchos pasa desapercibido en su teoría, la autoconciencia, como ya se manifestó advertida en forma societaria, “en el yo social, que es autoconciencia social, que se trasmuta y corresponde con la persona jurídica del estado que es el mismo orden jurídico, la norma, es una concepción funcional del principio supremo del derecho y la funcionalidad de ella se radica en primer lugar en el legislador” (Candamil, 2014: 75).

Se manifiesta entonces que en Kelsen la principal preocupación era en no vincular (18) aquellas ciencias cuyo objeto fueran diferentes, como es lógico, tanto la moral como el derecho son avistadas desde dos ámbitos disimiles, en cuanto la primera obedece a un tipo de autoconciencia individual y el segundo, como ya se dejó bastante claro, a una autoconciencia social.

(17) La teoría pura del derecho ofrece una concepción de la ciencia jurídica positivista, más holística de los que muchos han pretendido establecerle, digamos que la separación del derecho y la moral es un corolario que subyace de su principal idea funcional, que es desde una óptica particular, determinar un método y especificar el objeto del derecho.

(18) También en unificar aquellas que fueran afines, como por ejemplo el dualismo entre estado y derecho, de esta manera se sobreentiende que para Kelsen la expresión estado de derecho es una redundancia, pues ambos son lo mismo.

Es oportuno ahora mencionar que si bien es cierto no debía haber un sincretismo entre ciencias de objeto diferentes como entre la moral y el derecho, no debe colegirse que deba existir un rechazo taxativo en ambos, así las cosas por ejemplo, en ellas puede existir una compatibilidad respecto a su eficacia; (Kelsen, 2010) así lo explica en su obra icónica la teoría pura del derecho:

“Ahora bien es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración del medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario a derecho” (Kelsen, 2010: 63).

Candamil (2014: 60) en similitud de ideas y fundado en la obra Kelseniana expresa: “no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien... bien es lo debido y si lo debido es norma, el derecho se define como norma, luego el derecho es bueno”.

La última de las teorías que aluden al derecho y la moral es la denominada “científica” (González, 2010), esta es la más reputada en el ámbito de las ciencias jurídicas, ya que si bien es cierto admite que existen notables diferencias entre ambas, pues el derecho es heterónimo, bilateral, coercible y externo, la moral sería lo antitético, es decir, autónoma (19), unilateral, incoercible e interna, hay una estrecha relación en ellos. Por ejemplo si entendemos que la moral busca el perfeccionamiento del individuo, también debemos comprender que el mejor comportamiento repercute a nivel social, que es el espacio de interés en el derecho.

En síntesis, una persona que obedezca a sus preceptos morales muy difícilmente incurrirá en eventos que impliquen transgresión de las normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento. Situación que fuere relevante para la sociedad, puesto que no sería el miedo a la sanción lo que generaría el cumplimiento de las reglas de conductas sino el propio convencimiento subjetivo del respeto para lograr un mejor ambiente social.

Se comparte la opinión de la teoría científica, pues no solo es la menos radical en cuanto a la exclusión de ambas ciencias, sino también porque es la que constituye el basamento de la alta judicatura constitucional colombiana, toda vez que en la utilización de los principios de carácter moral para relacionarlos con el

(19) Sobre esta característica existe, desde una percepción particular, una controversia, en razón de no considerarla exclusiva de la moral, ya que en el derecho también se presenta la autonomía de la voluntad, específicamente al momento en que los particulares celebran acuerdos o contratos.

derecho, ha creado sentencias finalísticas, que persiguen la justicia, equidad entre otros valores.

Así lo reafirma Castaño (2010: 312): “La corte constitucional le ha concedido un valor transcendental a los denominados principios generales extrasistemáticos, recurriendo a ellos, haya o no ley aplicable al caso, puede el juez resolver, con su propio sentido de justicia”.

En relación a la teoría ya mentada, cabe mencionar que no carece de respaldo teórico, por el contrario aparecen ius-filósofos que han solidificado aún más su base conceptual, es el caso, por ejemplo, de Herbert Hart. Pareciere contradictorio y hasta un error, plantear que un positivista, vinculado a la corriente metodológica del positivismo, aparezca como adalid de contención doctrinal para este caso. Ramos (2010: 136) expresa frente a esto lo siguiente:

“Resulta paradójico que el mismo autor que niega toda relación conceptual entre el derecho y la moral, sosteniendo que ninguna referencia a la moral, ha de formar parte del concepto de derecho, haya considerado necesaria incluir una amplia investigación sobre la moral y la justicia en su propia exposición del concepto de derecho”.

Esta aseveración lejos de parecernos inaudita es más común de lo que se cree y ocurre con muchos de los grandes pensadores de la historia política, jurídica, social, entre otras ciencias y disciplinas, se ejemplifica con Norberto Bobbio, a quien Serpe (2012) llamó “el filósofo de la duda” precisamente por su paradoja y mutación conceptual a través del tiempo.

Volviendo al asunto que nos compete, se debe precisar que el mismo Hart nunca descartó la relación entre moral y derecho, más allá de considerarlas disimiles. Así de esa manera lo refiere en su obra *El Concepto De Derecho*: “en este libro se ha querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados” (Hart citado por Idarraga, 2013: 146).

Otros autores, como el caso de Mejía (2014: 18), confirman esta apreciación “para Hart debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dadas la naturaleza normativa de ambos sistemas”.

Lo que nos interesa particularmente de todo lo anterior, no es tanto denotar, una vez más, la relación entre moral y derecho, sino la importancia que el precitado autor (Hart) le atribuye; dicho esto es conveniente señalar que para Hart existen unos aspectos que debe considerar el derecho en su convivencia con la moral:

“Primero la autoridad moral que debe comportar el poder; segundo, la influencia de lo moral sobre el sistema jurídico y la susceptibilidad de crítica moral al sistema jurídico; tercero, la dependencia axiológica de la interpretación constitucional, cuarto; la exigencia de la justicia de las normas legales y, finalmente, la resistencia a la validez jurídica que no cumple unos mínimos morales” (Mejía, 2014:19).

En este punto es importante detenernos en un tópico particular, la dependencia axiológica en la interpretación constitucional (20), la razón, que no puede ser desapercibida, es que primordialmente la hermenéutica de los jueces constitucionales es de sustrato valorativo, amén de privilegio a la carta política fundamental; por consiguiente, hay mayor factibilidad para la creación de sentencias cuyos fines sean, la justicia, equidad, dignidad humana, entre otros.

Esta corriente de interpretación axiológica fue arrogada en Colombia por la Corte Constitucional; este máximo Tribunal de Justicia además de cumplir con la tarea de interpretar la Constitución, se caracteriza por usar elementos ponderativos que prevalecen ante otros como la subsunción, este último es inane ante casos, por ejemplo, en los que resulten colisionados dos o más derechos fundamentales.

Se precisa establecer que la función de los jueces constitucionales no es de aplicación mecánica de la ley y por ende solo para resolver asuntos particulares del pasado, sino como egregiamente lo manifiesta Monroy (2013: 58) “no se trata propiamente de la aplicación o actuación del derecho que hacen los jueces al aplicar las leyes a los casos concretos, sino de precisar las reglas subconstitucionales (21) que quedan incluidas en la misma constitución”.

Por último, un estudio aproximado de principios no puede excluir a quien los consideró parte del ordenamiento jurídico y ya no como criterios extrajurídicos (22), se hace referencia a Ronald Dworkin; como se sabe el eminente

(20) En Colombia existen cuatro tipos de interpretación: legislativa, constitucional, judicial y doctrinal. La primera era la única que solo se hacía por vía de autoridad, hasta que la sentencia C-820 de 2006 declaró inexecutable las expresiones **solo** y con **autoridad** aparecidas en el artículo 25 del Código Civil, y se le da la facultad a la Corte Constitucional para hacer interpretaciones de carácter obligatorias y auténticas. Esto supone un cambio de paradigma jurídico en favor de la tendencia anti - formalista.

(21) Estas reglas surgen producto de la interpretación que hace la corte constitucional, que se convierten, a su vez, en doctrina constitucional y posteriormente se aplican a casos sucesivos que tengan similitudes fácticas.

(22) Posición asumida por el formalismo jurídico. Según esta corriente de la ciencia jurídica, los jueces deben acudir a los principios cuando las reglas no son suficientes, o son vagas, ambiguas o incompletas. En este caso los funcionarios judiciales no están vinculados a los estándares del derecho (discrecionalidad fuerte).

ius-filósofo estadounidense fue de tendencia liberal, de allí que parta que todos tengamos los mismos derechos y libertades, estos principios liberales deben ser defendidos por el estado a través de los jueces (23), privilegiando la moral. La mejor explicación de la moral objetiva la entrega Dyzenhaus, quien explicando a Dworkin (2012: 214) señala que el juez en este caso:

“no impone sus propias convicciones contra las de la comunidad, antes bien el juez toma el registro de las tradiciones morales de la comunidad tal como y están expresadas en todo el registro de material que él, por su oficio debe interpretar, este registro ofrece una moralidad constitucional”.

Conforme a lo reseñado es lógico concluir que la moral adherente al derecho no es la de tipo individual, de implicaciones subjetivistas y/o arbitrarias, ni mucho menos la social de peculiaridad universal, sino una de tipo objetivo, en este caso constitucional.

Pues bien, como se anotó la moralidad objetiva empleada por los jueces del Tribunal Constitucional, no carece de legitimidad, toda vez que al ser considerado el pueblo constituyente primario, se le atribuye a toda la constitución un carácter primordial y jerárquico en el ordenamiento, y los poderes constituidos, como en este caso la Corte Constitucional, con fundamentos propios de validez para ejercer su función; ya que fue el mismo pueblo quien aprobó su creación; así las cosas las decisiones del Tribunal Constitucional no son cuestiones apartadas de la sociedad, fruto de togados sin ningún soporte jurídico, sus sentencias son fruto de la Constitución que es ley fundamental.

III. “El nuevo derecho” judicial y la concreción del Estado constitucional

Los ordenamientos normativos de tradición romano-germánica, como el colombiano, asumieron desde sus inicios todos los paradigmas y dogmas del positivismo jurídico clásico, ellos son: la soberanía legislativa, la inexistencia de lagunas y contradicciones entre normas, la reverencia del texto legal y la subordinación del operador jurídico (López, 2013: 135). Estas últimas dos premisas pudiesen considerarse, como ya se mencionó en el acápite anterior, justificadas por razones históricas, pues, desde una percepción legocéntrica, son garantes del orden social y respeto debido al principio de legalidad por parte de los jueces, lo que a su vez evitaría la creación de sentencias arbitrarias. Sin embargo, ha de comprenderse como ineficaces a la hora de lograr la existencia de un verdadero estado constitucional.

(23) Juez Hércules de características sobrehumanas.

Cuando se habla de Estado constitucional es importante mencionar que si bien es cierto tiene relación con el estado social de derecho, propio de los movimientos constitucionalistas sociales (24), en las que se garantiza el interés general, por oposición al individual del liberalismo clásico, el fortalecimiento de los servicios básicos del ciudadano en salud, educación y empleo, su concepción es ampliada pues no solo se convierte en estado satisfactor de las necesidades, sino que su función es la defender, promocionar, respetar y reconocer los derechos fundamentales (Naranjo, 2010).

El Estado constitucional surge en la segunda postguerra, a partir de allí la constitución empezó a tomar otro destino y característica, ya no simplemente como ley formal de validez en el ordenamiento jurídico escalonado (norma sobre la producción jurídica), sino también con eficacia material, esto es, como norma de obligatoria aplicación por parte de los jueces, a su vez estos ya no serían meros sentenciadores o falladores de la ley general y abstracta de creación legislativa, sino que cumplirían una función interpretativa que les permitiría, fundados en los valores y principios constitucionales crear sentencias en defensa y reconocimiento de los derechos de las personas.

Se precisa establecer algunas características del Estado constitucional, habida cuenta de ello:

“Lo primero que se requiere para que sea posible un estado constitucional es la existencia de una constitución rígida, un segundo elemento tiene que ver con la existencia de una garantía jurisdiccional, la tercera característica es el reconocimiento de la constitución como fuerza vinculante, el cuarto atributo tiene que ver con la interpretación extensiva, el quinto rasgo está relacionado con la aplicación directa de la constitución, una sexta característica es la interpretación conforme a la constitución” (Lancheros, 2009: 257).

Pese a no ser mencionada por el precitado autor de forma explícita, es un corolario que implícitamente todo lo anterior busca la materialización de la que, desde una óptica particular, es la característica esencial, esto es, la garantía de los derechos fundamentales, puesto que solo este último propósito se erige como la cualidad distintiva respecto a otros estados que solo están dotados de constitución.

(24) Estos inician como producto de la insatisfacción social, enfáticamente de los trabajadores, contra el liberalismo clásico de índole económico y político. La revolución industrial fue caldo de cultivo para la exacerbación de los ánimos populares. Las revoluciones de Francia 1848, México 1917, Weimar 1919 y la revolución Bolchevique, fueron determinantes en la consecución de los derechos sociales.

Es fundamental advertir que de las seis características atribuidas, las cinco últimas aluden o requieren intervención directa de un tribunal constitucional (25), lo que hace que su existencia y ejercicio no solo sea importante sino necesario, pues como se ha hecho notar, gran parte de la concreción de un Estado constitucional está supeditada a la función jurisdiccional.

Esta magistratura aparece en diferentes ordenamientos como garante de la ley fundamental del estado. En Colombia tras el advenimiento de la Constitución política de 1991 surge la Corte Constitucional (26), a quien se le atribuye según el artículo 241 de la referida carta magna “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (Constitución política, 1991: artículo 241) lo que significa que su función en el orden interno es trascendente, pues tiene el compromiso jurídico, político y social de proteger a la norma más importante del ordenamiento normativo. Así mismo se admite como corolario lógico que al tener como principal función cuidar a ley más importante del estado, se convierte en órgano fundamental y superlativo a nivel jurídico.

El máximo Tribunal Constitucional colombiano manifiesta su actuación protectora, amen, de cumplimiento en favor de la norma fundamental por medio de los controles previos, automáticos y la acción pública de constitucionalidad (27) esta importante función asumida por la Corte es inmanente al principio de separación de funciones, ya que supone un límite a los poderes legislativos y ejecutivos (28), históricamente jerárquicos en la estructura normativa colombiana; lo anterior no ha dejado de ser objeto de críticas, máxime por quienes consideran que los órganos electivos popularmente no deben tener talanquera alguna al momento de decidir, pues son de carácter político, es decir de representación.

El temor a que se torne un estado legal, “garante de seguridad y orden”, en un sistema anárquico fundado en el “gobierno de los jueces” siempre se ha manifestado en Colombia, por ejemplo, en 1978 y 1981, respectivamente, la antigua Sala

(25) La creación de tribunales especializados en materia constitucional, cuya función primordial fuere la defensa de la norma fundamental tiene su génesis en la segunda postguerra.

(26) Antes del año en cuestión existía una sala constitucional vinculada a la Corte Suprema de justicia.

(27) El primero consiste en el estudio de constitucionalidad que realiza la corte antes de ser aprobada una ley (estatutaria), o un proyecto de acto legislativo reformatorio de la Constitución; el segundo se refiere a la facultad que tiene este órgano jurisdiccional para asir los decretos de estados de excepción emitidos por el presidente; el último se refiere al estudio que hace la Corte Constitucional de las demandas de constitucionalidad hecha por los ciudadanos.

(28) Un caso emblemático fue la sentencia C-141 de 2010 que declaró inexecutable el referendo convocado por el expresidente y hasta la fecha senador, Álvaro Uribe Vélez, en el que se pretendía establecer la reelección presidencial indefinida.

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable, los proyectos de reforma a la Constitución de 1886 propuestos en los años 1977 y 1979, este hecho se convirtió en un acontecimiento inédito en la historia constitucional de la nación, incluso hay que decir que fueron las únicas dos veces, antes de la vigencia de la carta actual, en el que por medio de la acción pública (creada en 1910) se limitaba el poder del gobierno. “Ambas reformas fueron espontáneamente combatidas por buena parte de la opinión pública desde el momento mismo de la presentación y, pese a las acusaciones de dictadura judicial y gobierno de los jueces formuladas por los presidentes López y Turbay” (29) (Valencia, 2014: 67).

Se ha querido demostrar cómo el proceso histórico para entregarles protagonismo a los jueces en el ordenamiento colombiano ha sido sumo complejo, debido a que las elites políticas siempre han sentido que su función, secularmente poderosa, pierde parte de ese absolutismo adquirido y conservado. No obstante lo que se pretende probar es que el empleo de los principios antes que las reglas son determinantes al momento de construir un estado constitucional.

Para lo anterior debemos recordar que estos principios advierten un sustrato moral y que esta es de tipo objetiva, lo que a nuestro juicio se entiende por constitucional. Es menester entonces determinar cuáles son esos principios, para Estrada (2011: 13): “Cuando se habla de principios se hace referencia a valores como el de justicia, dignidad humana, soberanía popular, pluralismo, seguridad jurídica, entre otros”, se debe precisar que los principios tienen carácter normativo y aunque el precitado autor vincule tanto principios como valores, aclara posteriormente: “se confunden así los principios con los valores cuando es clara la doctrina al señalar que los valores no son normas jurídicas” (Estrada, 2011: 13), es claro entonces que los principios distan de los valores, pues los primeros tienen un carácter normativo, por consiguiente poseen un carácter vinculante, razón por la cual se asume que la corte al emplear los principios lo hace fundada en una loable idea jurídica y dotada de fuerza obligatoria, pues con ello busca reconocer derechos antes soslayados por el legislativo.

Frente a los principios, la Corte en sentencia hito 406 de 1992, expresa: “una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta” (Corte Constitucional, sentencia T-406-1992).

(29) Presidentes, en forma respectiva, de las épocas señaladas.

Esta importante consideración cristaliza aún más la relevancia que desempeñan los principios en las sentencias judiciales, por ende cuando la Corte Constitucional los adopta busca aproximarse a un estado constitucional.

A su vez la misma sentencia continua señalando “los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios” (Corte Constitucional, Sentencia T-406/92).

Cuando se emplea la expresión “creadores del derecho” se refiere también a los jueces, los cuales serán ya no solo entes de mecánica aplicación normativa (30) sino funcionarios de primer nivel en el sistema jurídico con cualidades de legislador positivo, por esta razón la Corte Constitucional explica:

“El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho” (Corte Constitucional, Sentencia T-406/92).

Dada la anterior línea de argumentación, la mención a la sentencia SU-214 de 2016 emanada de la Corte Constitucional, referida al matrimonio igualitario, y del cual se mencionó en la parte introductoria que representaba uno de los fundamentos doctrinales del presente artículo, toma mayor importancia, para nuestros fines, toda vez que allí, el máximo Tribunal Constitucional colombiano intenta materializar un estado fundado en el respeto y la tolerancia, aspectos axiológicos desconocidos por otros poderes, quienes soslayaron la consecución de estos derechos, razón por la que las minorías se veían afectadas; en uno de sus apartes la Corte Constitucional en dicha decisión plantea:

“La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos

(30) Conforme a ello las facultades de discernir, razonar y hacer valoraciones para tomar una decisión (discrecionalidad en sentido débil, según lo planteado por Ronald Dworkin) funge como una facultad relevante en el operador jurídico.

fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías” (Corte Constitucional, sentencia SU-214/2016).

Dos aspectos a destacar frente a la anterior consideración de la corte, primero; la Corte propugna por la inclusión, elemento determinante en un estado constitucional, máxime en un país como Colombia cuya dirigencia históricamente ha sido excluyente; segundo la función de los jueces no obedecen a las voluntades de las mayorías, sus sentencias tienen que estar basadas en el derecho y en este a su vez se advierten principios, considerados, estándares de aplicación en las decisiones judiciales encaminadas a la justicia. Continúa el Tribunal Constitucional colombiano mencionando:

“No existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias” (Corte constitucional, sentencia, SU-214/2016).

Ha de notarse como se toma en cuenta los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, de enorme repercusión moral, en dicha sentencia, por tal situación, lejos de ser la moral un aspecto que impediría la consecución de derechos a minorías (en este caso las que aluden a la orientación sexual) se convierte en determinante para la construcción de un estado constitucional donde los jueces desarrollen un papel protagónico.

IV. Conclusiones

El entendimiento de la dinámica normativa en Colombia, donde los jueces han asumido una función primaria, solo puede darse, sin que resulte paradójico, por medio del debate clásico referido a las relaciones de la moral y el derecho; las teorías separatistas, tradicional y científica nos permiten entender el porqué de la existencia de jueces creadores y no simples aplicadores de la ley general y abstracta de proveniencia legislativa.

Según lo expresado por la teoría científica, tanto la moral como el derecho son ciencias con características diferentes pero con una estrecha relación nos adentramos al debate jurídico-académico pero no aislado, antes por el contrario, más cotidiano que nunca, puesto que es factible determinar un modelo que rompa con el paradigma legocentrista y en veces exegético del derecho colombiano.

No se comparte la idea de un derecho separado de la moral, taxativamente hablando, o en su defecto de una moral de mayor importancia que la norma jurídica,

pues se consideran teorías extremas que en nada pueden ayudarnos a entender o vincularnos con las tendencias jurídicas contemporáneas.

Se arroga, luego entonces, la teoría científica por cuanto se considera la más afín al propósito considerado en el presente artículo, respecto a la moral como principio y su funcionalidad en el campo decisonal de la Corte Constitucional y la que permite entender la razón por la cual un aspecto como la moral está siendo utilizado en las decisiones judiciales, este tipo de moral se denominó objetiva, toda vez que no es producto de la arbitrariedad o subjetivismo que se le ha pretendido endilgar a los jueces que se apartan de lo estrictamente normativo.

En Colombia dicha tarea le correspondió asumirla a la Corte constitucional, cuerpo jurisdiccional que aparece en el ordenamiento tras el advenimiento de la Constitución de 1991, mediante la aplicación de principios como la dignidad humana, la solidaridad, igualdad, justicia entre otros.

Habida cuenta de ello puede establecerse que los jueces constitucionales son determinantes en la construcción de un Estado constitucional, en ese tipo de estado la materialización de los derechos fundamentales, la concreción de la democracia y la inclusión, son insignias del sistema. Este último aspecto asoma una transcendencia ingente ya que las elites relacionadas con el tradicionalismo político han impedido el reconocimiento de los derechos y la participación de los ciudadanos en todos los órdenes del Estado.

Se tomó como referencia la sentencia SU-214 de 2016 emanada de la Corte constitucional, en ella reflejaron la función judicial en favor de las minorías el reconocimiento de derechos propincuos de un Estado constitucional y la adopción de principios de la moral objetiva. Se concluye en que el anti-formalismo jurídico es clave para lograr el advenimiento de un derecho de índole constitucional y justo.

V. Bibliografía

BOBBIO, Norberto (2013). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.

CANDAMIL, José (2014). *De la Grundnorm a la Metanorma Constitucional*. Bogotá: Ibáñez.

CASTAÑO, Luis (2010). *Justicia e Interpretación Constitucional*. Bogotá: Leyer.

CATHREIN, Víctor. *Filosofía del derecho*. Citado en: NOGUERA, Rodrigo (2010). *Introducción general al derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

D'AGOSTINO, Francesco (2007). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.

DE SALISBURY, Juan. *Policraticus*. Citado en: NARANJO, Vladimiro (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.

DYZENHAUS, David (2012). "El imperio de la ley como imperio de los principios liberales", en: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ESTRADA, Sergio (2011). "La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, N° 114, pp. 41-76 Medellín - Colombia., ISSN 0120-3886. [Fecha de consulta: 03/03/2017]

FERRAJOLI, Luigi (2004). *Epistemología jurídica y Garantismo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y política.

GONZÁLEZ, Augusto (2010). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.

HART, Herbert. *El Concepto De Derecho*. Citado en: IDARRAGA, Jairo (2013). *Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de HLA Hart-Ensayo Doctoral*. Memorando de Derecho

LÓPEZ, M. Diego (2013). *Teoría Impura del derecho*. Bogotá: Legis.

LANCHEROS, Juan (2009). "Del estado liberal al estado constitucional: implicaciones en la comprensión de la dignidad humana", en: *Dikaion*, Año 23, N° 18, pp. 247-267. Bogotá: Universidad de La Sabana. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

KANT, Immanuel (2004). *Lógica*. Córdoba: El Cid Editor. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

— *Doctrina del Derecho* Citado en: BOBBIO, Norberto. (2013). *Teoría General Del Derecho*. Bogotá: Temis.

MEJÍA, Oscar (2014). Prólogo. "La metanorma como problema ius-filosófico. De la Grundnorm a la metanorma constitucional", Candamil, José. Bogotá, D.C.

MONROY, Marco (2013). *La Interpretación Constitucional*. Bogotá: Librería ediciones del profesional limitada.

NOGUERA, Rodrigo (2008). *Elementos de Filosofía del Derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Sergio Arboleda.

— (2010). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Fondo de publicaciones Sergio Arboleda.

RAMOS, José (2010). “Justicia y derechos humanos en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart”, en: *Revista Semestral de Filosofía Práctica*, N° 25. Venezuela: Red Universidad de Los Andes. Disponible en: <http://www.ebrary.com>

SANTO TOMÁS DE AQUINO (2001). *Suma Teológica*. Edición dirigida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas en España. Biblioteca de autores cristianos. 4ª ed. (reimpresión). Disponible en: <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/1.pdf>

SERPE, Alessandro (2012). *El filósofo de la duda: Norberto Bobbio*. Venezuela: Ediciones Astro Data.

VALENCIA, Hernando (2014). *Cartas de Batalla: Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Panamericana.

Legislación

Constitución Política de Colombia 1991. República de Colombia. Bogotá D. C.

Ley 153 de 1887. República de Colombia. Bogotá D. C.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, SU- 214/2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/03/2017]

Corte Constitucional, C 224/ 1994 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/05/2017]

Corte Constitucional, T 406/ 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm> [Fecha de consulta: 03/05/ 2017]

Fecha de recepción: 20-04-2017 Fecha de aceptación: 16-07-2017