Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991*

Limits to judicial discretion in 1991 Political Constitution

*Silvio León Castaño***

Abogado. Magíster en Derecho público. Docente Universidad La Gran Colombia.

Cómo citar: León, S. (2016). Los límites a la discrecionalidad judicial en la constitución política de 1991. *Inciso,1*8 (2):87-104.

Recibido: 30/03/2016| Revisado: 20/04/2016| Aceptado: 11/10/16

Resumen

Con el artículo se pretende demostrar que la discrecionalidad judicial en los procesos ordinarios denominados casos difíciles y/o trágicos está limitada por los diferentes valores y principios positivados en la Constitución Política, por el bloque de constitucionalidad estricto y por la determinación que de los textos constitucionales vagos hacen el Congreso y la Corte Constitucional.

Textos abiertos dentro del orden jurídico colombiano como el de moral, justicia, vida digna y orden público, entre otros, constituyen el basamento para afirmar que la Constitución Política de 1991 contiene gran carga valorativa, cuya precisión depende del contexto discursivo limitado en el tiempo y en el espacio por los métodos de interpretación vigentes, por las ideologías y modelos económicos imperantes (Guastini, 2010), y en general por las necesidades sociales.

Igualmente se harán explicitas las normas constitucionales que obligan a los jueces a realizar juicios de valor al decidir cada caso, más concretamente se demostrará que la validez de las normas jurídicas pende del cumplimiento de los procedimientos democráticos de expedición de normas, y del respeto por los contenidos valorativos de la dogmática constitucional.

Palabras clave: Constitucionalismo Garantista, positivismo axiológico, ética, moral pública, justicia, orden público, bloque de constitucionalidad, discrecionalidad judicial.

Abstract

The purpose of the essay is to demonstrate that judicial discretion in ordinary processes named difficult cases and/or tragic, is limited by the various values and principles provided by the Political Constitution, by the strict block of constitutionality, and by determination of vague constitutional provisions made by the Congress and the Constitutional Court.

In order to achieve it, contractions to defile the concepts of moral, justice and public order, are the basis to state that 1991 Political Constitution, bear a great valuation burden, by leaving its precision open to the Congress and the Constitutional Court, at each historical moment, respecting, in all cases, those values selected through consensus by the Constitutional text, therefore, considering its standards as rules, does not have any foundation.

Likewise, this essay will unveil the Constitutional standards which force judges to produce valuable judgments when deciding each case, more concretely, it will be demonstrated that validity of legal provisions depend on compliance with democratic procedures to issued standards, and respect for valuating contents of the Constitutional dogmatic.

Keywords: Guarantor Constitutionalism, axiological positivism, ethics, public moral, justice, public order, constitutionality block, judicial discretion.

Introducción

Con la revolución Francesa nace el Estado de Derecho. A través del concepto se pretende sujetar el poder de los gobernantes al imperio del derecho. Para Rincón (2004) la burguesía al apoderarse del parlamento encuentra en la ley su principal instrumento de dominación. La libertad entendida desde la Grecia antigua como liberación al conocimiento y autonomía en la conducta, se convierte en el principio por excelencia para dar nacimiento a la democracia y, por ende, al capitalismo.

La igualdad, por tanto, solo podía ser ante la ley, pues si cada persona era considerada responsable de su futuro, -se deduce- no podía el Estado encargarse de la asistencia social.

Fue el advenimiento de la revolución industrial con sus salarios miserables y las jornadas extenuantes de trabajo, lo que hizo que los trabajadores intentaran organizarse (Rincón, 2004), lo cual aconteció a través de la Primera Internacional fundada en Londres en 1864. El apogeo de la clase obrera ocurrió en la Comuna de París de 1871 liderada por Marx, pero con un período de vida que no superó los dos meses.

Bismarck, el canciller prusiano, quizá influenciado por lo que él había generado en Francia una vez ganó la guerra, fue quien decidió atemperar el crecimiento del socialismo radical y confeccionó un sistema de seguro de enfermedades, de accidentes, de invalidez y de vejez entre 1883 y 1889.

Por su parte, la iglesia católica a través de la *Rerum novarum* –De las cosas nuevas- apoyó los derechos de los trabajadores pero reafirmó el derecho a la propiedad privada. Propendió por dignificar el salario acorde con la labor desempeñada por los trabajadores. Indicó que el salario debía permitir el cubrimiento de las necesidades básicas y la acumulación de lo necesario para poseer cosas de manera perpetua. Con esa posición, la iglesia católica defiende la propiedad privada pero exige salarios dignos que le permitan al ser humano desarrollarse y reconocerse frente a los demás. Igualmente, la iglesia critica a los socialistas que pretenden cercenar todo derecho a la propiedad privada en aras de obtener una sociedad colectiva que le quita al ser humano toda posibilidad de mejoramiento y disposición sobre su vida y las cosas. También se defiende el derecho de sindicación con fines de mejoramiento y no de violencia contra el capital.

Las primeras constituciones que recogen un contenido social son la de Querétaro en 1917 sobre ley de tierras y la de Weimar en 1919, que terminan en prosa muerta por factores políticos. Con la depresión de 1929 se define la necesidad de un Estado interventor en la economía con incremento en el gasto público. Una vez terminada la segunda guerra mundial, con la Constitución Alemana de 1949 o Ley Fundamental de Bonn se abre paso el Estado Social de Derecho, tal y como lo referencia Marquardt (2015).

En Colombia la Constitución Política de 1886 consagraba los derechos sociales como simples programas que debían ser desarrollados por el legislador para ser vinculantes. Lo que efectivamente hizo la ley 153 de 1887 en su artículo 7, sin concretar ninguna conducta exigible al Estado. Son las reformas de López Pumarejo en 1932 y 1936 las que abren paso a las conquistas de la clase trabajadora.

La Constitución Política de 1991 es la encargada de consagrar con fuerza normativa no solo los derechos individuales de corte liberal, sino también la exigencia de prestaciones a cargo del Estado, lo que se denominará igualdad ante situaciones concretas. Además, la nueva Constitución Política se ocupa de los derechos de las minorías, del pluralismo jurídico y el multiculturalismo, y da competencia tanto al Congreso como a la Corte Constitucional para cuidar del cumplimiento de los valores objetivos contenidos en el preámbulo: "la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana".

Igualmente en el artículo 2 se indican como fines o valores del Estado Social de Derecho: "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y

cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

La Constitución Política de 1991 se destaca también por ser una normativa supremamente ambientalista tal y como la definen los artículos 8, 79, 63 y 95, para rematar diciendo que la propiedad privada tiene una función ecológica, artículo 58 *ejusdem*.

Ahora bien, esa gran cantidad de textos valorativos indeterminados le exigen al juzgador darles contenido, verbigracia, mínimo vital, vida digna. Si como asevera Kelsen (2010), el juez al interpretar crea derecho ¿cuál es el límite interpretativo de los jueces ordinarios al tomar decisiones judiciales?

Materiales y métodos

La investigación es de carácter cualitativo, de tipo jurídico-social, por tener un enfoque empírico analítico, en donde se describe y explica el objeto de estudio y su funcionamiento en la sociedad jurídica.

La técnica documental para llevar a cabo la investigación, consistió en el uso de normas jurídicas sobre derechos fundamentales válidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y teorías a favor y en contra de los valores o cognoscitivismo ético.

Igualmente se estudiaron más de 1200 decisiones sobre derechos sociales proferidas por el Tribunal Superior y Administrativo del Quindío y por los jueces laborales del Quindío, entre el 15 de julio de 1999 y el 19 de diciembre de 2012 –actuando como parte procesal-, en donde las decisiones priorizaron la analogía estricta en el precedente, haciendo nugatorias las pretensiones en los casos difíciles por falta de antecedente jurisprudencial, con lo que los operadores jurídicos arriesgaron menos en las buenas calificaciones del superior jerárquico.

Resultados

Constitucionalismo garantista

Afirma Ferrajoli (2012) que a diferencia de los principialistas o iusnaturalistas que consideran las normas constitucionales como principios que no pueden ser derogados, las constituciones políticas contienen principios regulativos que se comportan como reglas, y principios derogativos que actúan como normas programáticas.

Para el autor en mención, las primeras están constituidas por los derechos fundamentales como el debido proceso. En cambio, las normas derogativas impiden precisar cuándo son vulneradas dado que su texto jurídico no dicta ni prohíbe ninguna conducta. En la Constitución Política colombiana serían los fines o valores consagrados en el preámbulo.

Con la clasificación, Ferrajoli (2012) pretende señalar que todo el ordenamiento jurídico está constituido por reglas, por tanto, la ponderación como método argumentativo para superar los casos difíciles no tiene cabida en un constitucionalismo garantista. Para desvirtuar la necesidad de la ponderación, señala a modo de ejemplo que para desarrollar el estado de necesidad no es necesario ponderar la norma que lo contiene con aquella que prevé el delito. Consecuentemente, la subsunción es suficiente para solucionar los conflictos de normas. Agrega, además, que los textos indeterminados están presentes no solo en lo que los iusnaturalistas llaman principios sino también en las reglas.

El constitucionalismo que el autor en comento denomina garantista o positivismo reforzado, -dice- supera al positivismo tradicional que denomina paleo-iuspositivista al someter la producción normativa no solo al cumplimiento de la forma sino también al contenido constitucional. La validez de la norma jurídica ya no depende sólo del cumplimiento de los procedimientos de expedición exigidos por la norma fundamental.

Con esa postura se empieza a superar la tradicional dicotomía entre lo que es el derecho para los positivistas tradicionales que lo ven como un artefacto de creación social, y la aspiración iusnaturalista de vincular el concepto de derecho con la existencia de valores universales como la justicia.

La Constitución Política de Colombia pareciera asumir la teoría desarrollada por Ferrajoli (2012). Así, en el artículo 241 numeral cuarto el constituyente señaló que las leyes deben respetar no solo el contenido

material de la Constitución Política, sino que también deben cumplir los procedimientos de formación que trae, entre otras, la ley 5 de 1992.

En lo pretoriano, la Corte Constitucional en sentencias como la C-1040 de 2005 indicó que los actos legislativos no pueden sustituir los elementos definitorios de identidad constitucional como son el Estado Democrático, la separación de poderes, la participación ciudadana, el Estado Social de Derecho, entre otros, artículo 241 numeral primero de la Constitución Política, pues hacerlo, implica un desborde competencial que le permite al juez constitucional estudiar el contenido de la reforma para verificar si está o no conforme a los contenidos constitucionales.

No obstante esa aparente compatibilidad entre la teoría en mención y la Constitución Política colombiana, la práctica jurídica ha incluido y tiene enraizada la ponderación como método para superar los conflictos normativos constitucionales, y ello porque se considera que la Constitución Política contiene valores y principios que informan y regulan la vida social.

Dado que la contradicción entre principios solo se da en casos concretos y no en abstracto como acontece con las reglas, la hermenéutica tradicional que soluciona los conflictos de leyes no cumple los mismos cometidos que la ponderación, pues un principio constitucional al entrar en conflicto material con otro principio, no implica necesariamente su inaplicación sino la priorización de uno con respecto al otro, conservando el principio que sale derrotado en todo caso una protección mínima, cosa que no ocurre con la regla, artículo 2 ley 153 de 1887.

En lo relativo a los principios, los mismos se entienden como razones para argumentar, cuya aplicación se debe realizar en la mayor medida posible (Alexy, 2002), sin permitir en todo caso la negación absoluta de alguno de ellos en caso de conflicto. Las reglas, sean leyes, decretos o subreglas de las altas cortes, permiten operar los diferentes principios. A diferencia de ellos, tienen supuesto de hecho más concreto y consecuencia jurídica.

Positivismo axiológico

Himma (2011) al explicar en qué consiste el derecho positivo, señala que todo sistema normativo que quiera llamarse derecho, requiere desarrollar unas directivas para la construcción y modificación de normas jurídicas que permitan diferenciarlas de las demás normas sociales. Es lo que denomina *la tesis de la diferenciación.*

El desarrollo de una teoría conceptual del derecho –continúa el autor- permite establecer criterios de validez o de identificación de lo que es derecho desde la perspectiva metafísica. Al existir claridad sobre los elementos esenciales que debe reunir una norma para ser considerada derecho, se puede identificar en cualquier orden jurídico una norma como jurídica de la que no lo es.

Desde esa perspectiva que explica Himma, el positivismo jurídico no tiene por qué exigir contenidos morales en determinada norma para ser considerada derecho. Pero –agrega el autor- ello también permite que una regla de reconocimiento exija como criterio de validez la incorporación de contenidos morales. Cuando ello ocurre, se habla de positivismo axiológico o incluyente.

A diferencia del garantismo, el posivitismo axiológico considera que el contenido del derecho no es requisito necesario de validez normativa. No obstante, como ocurre en el caso colombiano, una vez establecida la incorporación valorativa como requisito de validez, solo se considera derecho la norma cuyo contenido no contravenga los principios y valores constitucionales. Artículos 4 y 241 de la Constitución Política.

Es decir, al igual que el garantismo constitucional, el positivismo axiológico positiviza en la Constitución Política todos los principios que deben respetar las demás fuentes del derecho, dígase legislador o jurisprudencia. El gran tropiezo con el positivismo axiológico es que pretende definir los conceptos jurídicos valorativos desde el lenguaje moral universal, pasando por alto el uso performativo del lenguaje que cada sociedad tiene frente a los valores.

La ética del discurso de Habermas

Configurar un catálogo de valores y principios que rija la vida de relación de determinada comunidad en sociedades multiculturales y pluralistas genera disenso en vez de entendimiento. Encontrar el procedimiento para obtener una elección racional que involucre a todos los interesados constituye el quid del asunto. Habermas a través de la ética dialógica pretende superar esas vicisitudes.

El autor en comento pretende a través de la acción comunicativa fundamentar el sistema moderno de los derechos fundamentales y el nacimiento del Estado de Derecho tal y como lo referencia Carabante (2011).

La teoría de Habermas, según Carabante, pretende que lo teórico normativo se acredite empíricamente. Considera que las ciencias reconstructivas permiten armonizar el mundo de la moral propio de la Filosofía con en el mundo de lo empírico, propio de la sociología. En tal consecución el derecho juega un papel importantísimo.

Pero entender la práctica jurídica exige considerar los condicionamientos de la producción jurídica, pues –según García (2005)- como el derecho moderno se ha independizado de la moral y de la religión, su legitimidad queda expuesta a la acción comunicativa de la que habla Habermas. Esas circunstancias necesariamente las refleja toda decisión jurídica. Para Habermas (García 2005) la participación de los incumbentes en el proceso dialógico de creación de valores y principios fundamenta la democracia. Ya no es suficiente la validez de los positivistas. Se requiere de legitimidad.

Carabante señala que para Habermas todo proceso de comunicación se basa en idealizaciones. Los actos del habla de los que se valen los intervinientes están inmersos de racionalidad. Es ese entendimiento racional el que permite acuerdos válidos. No obstante -continúa Carabante- para Habermas el entendimiento o la aceptación genera dificultades en la práctica debido a lo que podría resumirse como la existencia de sociedades pluralistas y multiculturales con ambiciones colonizadoras -facticidad-.

Ante esas vicisitudes, según Habermas (2000), el derecho cumple funciones de mediación e integración social. Las crisis sociales las resuelve la sociedad con normas vinculantes que requieren de unos procedimientos discursivos y racionales que, de ser cumplidos, legitiman las decisiones. Es la forma como el derecho logra coordinar y armonizar las diferentes pretensiones y con ello obtener un orden social, explica el autor.

Los valores y el derecho

En la antigüedad, desde los estoicos, se consideró que el derecho debía desarrollar contenidos de justicia fundamentados en la razón en aras de obtener una decisión conforme al derecho natural. Ya, en la época medieval, se consideró que el derecho debía perseguir los intereses de la moral cristiana. (Douzinas, 2008).

Con la aparición del positivismo, señala Hervada (2014, p 18), el derecho se separa del concepto universal de justicia para depender de la definición que del mismo haga el legislador. Señala el autor en precedencia que si justicia es *dar a cada uno lo suyo,* entonces, mientras no exista el derecho creado por el legislador, todo se reduce a simples aspiraciones que no dependen de la justicia sino de la política. Para superar el embrollo, dice el autor, es necesario entender que la justicia existe porque hay un derecho universal denominado derecho natural, del cual debe depender el derecho positivo.

Contrario a ese querer, Hobbes (1979) consideró que la ley establecida por el monarca mientras proteja la vida de los súbditos es justa, así la ley moral la considere arbitraria, pues ello es preferible a volver al estado de naturaleza en donde cada cual hace lo que a bien tenga, creando un estado de violencia constante. Igual distanciamiento sucedió con la política tal y como la define Maquiavelo en su obra El Príncipe.

Fue eso precisamente lo que quiso explicar Kelsen (2013, p 45), al señalar que el derecho es una ciencia autónoma a la moral. Las determinaciones de los conceptos -dice- no dependen de la teoría moral sino de la voluntad del legislador. Aunque las creencias y la moral pueden ser incorporadas por el derecho, una vez ello ocurre, ya no se habla de moral sino de derecho.

Señala Kelsen (2010, p 52) que considerar un orden jurídico como justo o injusto es algo subjetivo y arbitrario, que escapa a un análisis descriptivo de lo que es derecho y el cual debe cumplir todo operador jurídico. Dice textualmente:

> Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva, tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada.

Pero esa distancia que alcanzó la moral del derecho con la influencia del positivismo hoy pareciera desaparecer. El mundo de los hechos que interesa al derecho se vale también del mundo de los valores que interesa a la moral. Las personas en su vida de relación exigen mayor redistribución de la riqueza y mayores prestaciones a cargo del Estado y de quien está en posibilidad de hacerlo. El derecho no puede ser ajeno a ese querer. George (2009) considera que la moral permite descubrir lo que es bueno, y el derecho la hace vinculante.

La ética: imposición valorativa de las mayorías o del mejor argumento

Hegel (2004) considera que lo ético objetivo son los principios morales que se han volcado a la realidad. La eticidad, dice, no puede ser comprendida como objetividad ni como subjetividad. Es ambas.

En la medida en que el individuo actúa o refleja un comportamiento ético se dice que es virtuoso. Una comunidad ética, continúa Hegel (2004), señala qué debe hacer el hombre, cuáles son sus deberes.

La ética sostiene la continuidad de la moral. No en abstracto y con aspiraciones universales, sino respondiendo a necesidades individuales y sociales de justicia y solidaridad como lo plantea Hegel (2004). De igual manera se expresa Habermas (2000) en la ética dialógica, en donde se tienen en cuenta los intereses de todos los implicados y no de un individuo o de la mayoría.

Aunque muchos gobernantes, señala Hemel (2007, p 26), hacen política a través de juicios morales, ello no significa el fracaso de la ética. Es precisamente esa "fuerza emocional" de los juicios valorativos, la que exige ponderar los pros y los contras de determinada práctica, dice el autor.

La ética tiene de jurídica su coercibilidad cuando sus contenidos son adoptados como norma jurídica. Coerción que es ajena a la moral. Si un individuo no cumple determinada norma moral lo máximo que puede obtener es un repudio social o una molestia a su tranquilidad espiritual o afectiva. En cambio, si la persona no cumple la norma jurídica, el Estado le impone una sanción y aún contra la voluntad del transgresor, hace cumplir el supuesto de hecho o la sanción por su inobservancia.

Como corolario, la ética ha de entenderse como el estudio reflexivo de la moral en busca de conceptos unificados con contenido material que puedan tener validez para determinada comunidad o grupo. A diferencia de la moral, que tiene que ver con comportamientos que no son cuestionados, la ética reflexiona sobre si ese valor moral es bueno o no.

La ética busca que las personas se desempeñen en sus roles sociales de manera honrada. Su finalidad es regular "la vida cotidiana". Así tenemos la ética del médico o del abogado, hasta llegar a un punto de interferencia de la moral con la ética, entendida la primera como un tipo determinado de conducta.

Ahora bien, no todo el derecho tiene contenidos éticos, pero, con el surgimiento del neo constitucionalismo, los valores que contiene el derecho se han objetivado y son identificables. Las constituciones consagran unos criterios éticos mínimos compartidos.

Entre los variados interrogantes que pueden surgir con respecto a esa aparente verdad moral que consagra la Constitución Política tenemos, entre otros: i) ¿puede una sociedad ponerse de acuerdo sobre lo que quiere en materia de valores según el mejor argumento del que habla Habermas (2000), y soslayar así la búsqueda de la verdad moral? o, ii) ¿existe un orden preestablecido de valores independiente de la comprensión que de ellos tengan las personas y sus necesidades, tal y como se lo pregunta Habermas (2000)?

La respuesta más práctica o ejecutable pareciera dirigirse a tener como ética social todos aquellos comportamientos que protegen la estructura política, social y cultural, que en el caso colombiano se confunden con los fines axiológicos desarrollados a partir del preámbulo de la Constitución Política. Los valores surgen de la necesidad colectiva de proteger a los individuos. De allí la importancia del entendimiento mutuo del que habla Habermas (2000), lo que implica no elevar a derecho toda clase de inclinaciones individuales. Es necesario ceder para no caer en un discurso retórico de los derechos que conlleve a un "Estado Caótico" o imposible.

La moral y el estado

En la búsqueda de la virtud -según Sandel (2011)- se ha considerado que el Estado debe ser imparcial. Son las diferentes congregaciones particulares quienes se encargan de la tarea de desarrollar lo bueno. Pero la tendencia actual es la de dar mayor desarrollo a los poderes de policía administrativa que tiene el Estado en la promoción de la moral pública, lo que se traduce en ir prohibiendo ciertas conductas particulares que trascienden lo público, verbigracia: el sadismo; la venta con restricciones de videos de juegos que hacen apología a las masacres; o la prohibición de causar sufrimiento innecesario a todo ser vivo, lo que incluye los animales, quienes sienten placer y dolor por tener un sistema neurológico, tal y como lo dijo el Consejo de Estado a través de la sentencia 2011-0227 del 26 de noviembre de 2013; *a contrario sensu*, la permisión de las corridas de toros en aras de salvaguardar expresiones culturales según lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-666 de 2010. ¿Quién impone el valor ante la contradicción argumentativa de las dos cortes? ¿Es suficiente acudir al artículo 48 de la ley estatutaria de la administración de justicia para salvar el escollo?

Y es que la vida en sociedad les exige a las personas no sólo ser solidarias, sino también elegir los bienes básicos que son indispensables para dignificar al hombre, lo que incluye, al decir de George, la necesidad de identificar los males que es necesario evitar.

Pero la solución no es tan fácil. Rawls (2004) considera que el liberalismo político no admite visiones comprehensivas de la moral o para decirlo de otra manera, el derecho no acepta creencias propias. Se refiere a la necesidad de una "razón pública" o querer de todos.

Sin embargo, George (2009) le antepone la premisa según la cual el derecho se creó para fines morales. Defiende posiciones que para Rawls serían comprehensivas como el derecho a que el Estado fomente lo bueno, ello implica entre muchas conductas el castigo al aborto desde la perspectiva de la dignidad humana como inherente al ser por tener alma, lo que sería contrario a la posición de quienes consideran que el ser humano pende del desarrollo cerebral. Para éstos, dice George, la dignidad humana estaría sujeta a la capacidad cognitiva del individuo, que tampoco tendrían las personas con profunda discapacidad mental, los niños con días de nacidos, o los embriones, no obstante poder estos últimos en condiciones normales ser fetos, niños, adultos, y en todo caso seres sensibles.

Termina diciendo este autor que si la moral pública consiste en fomentar lo bueno, todo lo que impida desarrollar la familia dentro de los valores se puede prohibir. Tal es el caso de la prohibición de la pornografía o de la dosis personal. Comportamientos que aunque en comienzo se realizan dentro de la esfera privada, trascienden la familia y la sociedad al poner en peligro a otras personas, tal y como lo dijo la Corte Constitucional a través de la sentencia C-309 de 1997 al declarar exequible la norma que obliga el uso del cinturón de seguridad en los vehículos.

Ya Devlin citado por Dworkin (2007) había señalado que toda sociedad tiene derecho a protegerse contra los cambios morales que atacan sus convicciones, los cuales están lejos de ser tolerados por las mayorías. Para ello -dice Dworkin- es necesario que la supervivencia misma de la sociedad esté en peligro. No es suficiente con que la mayoría simplemente rechace una conducta por aversión inducida o por prejuicios. Se requiere de un debate público que permita fijar principios para hacer nugatoria determinada conducta. Podría pensarse en la permisión o no a personas implicadas en delitos de lesa humanidad para que hagan parte de las ramas del poder público.

En cuanto a libertad de expresión que puede verse limitada por la moral pública, la Corte Constitucional a través de la sentencia de tutela 391 de 2007, conceptualizó el texto indeterminado del derecho a la libertad de expresión conforme a instrumentos internacionales que son vinculantes por decisión de la Constitución Política, artículo 93, lo que constituye parte del marco normativo dentro del cual se debe mover la regulación pública de la moral.

En la sentencia en cuestión se indicó que toda persona tiene derecho a expresar de la manera que a bien tenga sus ideas y pensamientos. Ante ello, es contrario a la Constitución Política pretender controlar el contenido del pensamiento, como también es prohibida toda clase de censura. Lo que se puede hacer es controlar la publicidad masiva de las ideas, sean verbales, escritas o a través de cualquier signo, en aras de proteger cierto tipo de valores superiores compartidos como la familia, la paz o los menores, entre otros.

La pornografía, para la corte, como forma de expresar sentimientos y emociones no puede ser prohibida, pero si controlada en su difusión, para que las personas que quieran acceder a ella lo hagan no a través de medios masivos e incontrolables de comunicación, sino a través de instrumentos de difusión que permitan la reflexión de quienes la adquieren y, ante todo, permitir su control frente a personas a quienes cierto tipo de expresiones pueden ofender y crear discordia. ¿Cómo identificar si un beso o caricia en público sobrepasan el umbral entre lo romántico y lo obsceno como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-909 de 2011?

Así pues, no existe neutralidad frente a los valores. Sandel (2011) ejemplifica la manera como la justicia no solo distribuye cosas sino que también las valora. Señala que en el caso del matrimonio entre homosexuales, quienes lo defienden se escudan en la libertad que se tiene para elegir con quien casarse. Pero al argumentar en contra de quienes lo critican, señalan que la principal virtud que honra el matrimonio no es la procreación sino el compromiso afectivo. Son, esas razones, una imposición moral propia a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo. O sea, quienes censuran el matrimonio gay imponen como propósito del matrimonio la procreación y quienes lo aprueban, imponen como propósito del matrimonio el amor y la tolerancia. Todas son imposiciones subjetivas y en principio culturalmente correctas.

El concepto de Justicia en el Estado social de Derecho

Douzinas (2008) considera que la justicia es el único principio capaz de dar contenido moral al derecho. Entre las diferentes formas de justicia, el autor resalta la virtud de Aristóteles; la utilidad de Bentham; y el respeto por la libertad, el deber y la ley de Kant.

Con Aristóteles se dijo que la justicia es dar a cada cual lo que se merece. ¿Pero qué se merece cada cual? El gran problema del Estado Social es lograr distribuir sin intereses electorales o demagogos. Por ello es necesario saber qué se distribuye y cuáles las virtudes exigidas para ese merecimiento moral. Sandel (2011) nos trae el siguiente ejemplo inmejorable para entender las controversias sobre lo que es la justicia.

Sandel se imagina el caso de una universidad que en aras de desarrollar las acciones afirmativas (consagradas en el artículo 13 incisos segundo y tercero de la Constitución Política colombiana) decide dar el cupo para cursar estudios a un afrodescendiente que obtuvo un puntaje inferior al de otra persona de raza blanca. Este último puede pensar que hacer de la raza un factor para tomar decisiones no es equitativo, y que tener en cuenta la raza para incluir, es tan dañino para sus derechos individuales como lo fue en el pasado para los afroamericanos el factor de la raza para excluir.

Sin embargo, la universidad puede aducir que la diversidad racial beneficia a la comunidad en general, por sus intercambios culturales y porque mitiga los conflictos étnicos. Además, dice Sandel (2011) refiriéndose a Dworkin, esas posiciones de escogencia son viables mientras las causas de rechazo no sean el prejuicio y el racismo.

Siguiendo ese orden de ideas, dice el autor, es perfectamente viable que la universidad decida rechazar a un estudiante de excelentes calificaciones, puesto que el padre adinerado de otro alumno que requiere el cupo, acaba de donar una gran biblioteca que terminará beneficiando a toda la comunidad. Igual, para Sandel (2011), en este caso la preferencia tampoco se debe a factores de desprecio.

Es aquí donde, según Sandel, resultan importantes los aportes de Kant y Rawls al querer que el fundamento de la justicia sea neutral. Para Kant (Sandel, 2011) soy moral en la medida en que actúo por el deber y no por la satisfacción de hacer el bien o motivado por mis pasiones o necesidades.

Un ejemplo de imposición de principios morales por preferencia, es el caso de obligar al pago de impuestos para adquirir tierras e indemnizar a los indígenas por lo que les hicieron hace más de doscientos años. Ese propósito según Kant deslegitima el valor moral del deber.

Aquel imperativo moral, entonces, es rechazado por Kant y Rawls (Sandel, 2011), porque primero se concibe el bien supremo para crear luego la ley moral, en cambio, para estos filósofos, los deberes y los derechos no pueden tener un fin. Con ello se prioriza además la libertad individual de elección alejada de prejuicios y pasiones.

Hegel (2004) critica la posición de Kant porque concibe los valores desde lo inteligible, con lo cual cualquier cosa puede ser elevada a corrección moral, pasando por alto lo fenoménico constituido por las inclinaciones y deseos.

La posición de los utilitaristas también es rechazada por los críticos bajo el entendido de que la justicia no implica sólo la distribución de bienes. Las ideologías y los afectos hacen parte de la vida del hombre. Aquí coinciden con la crítica a Kant. Es en este punto donde Habermas (2000) pretende incluir la ética del deber con la ética de los bienes. Para ello construye la ética del discurso como un procedimiento dialógico en el que todos los afectados participan con buenas argumentaciones para construir los valores.

Ya, en este punto del discurso, se critica de quienes pretenden concebir los valores como fruto del consenso, el que la moral por acuerdo conlleve como elementos el consentimiento y el beneficio reciproco, que no todas las veces están presentes al construir un catálogo compartido de principios que permitan una buena elección moral (Sandel, 2011).

No obstante la crítica, autores como Arena (2014) señalan que existe la convención sin acuerdo o sin promesa. La misma ocurre cuando existiendo otras alternativas de conducta, las personas voluntariamente deciden hacer lo que se espera de ellas o lo que regularmente hacen otras personas ante esa situación determinada.

Del ejemplo queda claro que dar a cada cual lo que se merece de acuerdo con sus virtudes puede generar varias respuestas. Ese ya es un punto de discordia en cuanto al contenido de la justicia.

Igualdad material y pluralismo jurídico

En el Estado Social de Derecho que consagra la Constitución Política de 1991, se pasó de una igualdad ante la ley a una igualdad ante situaciones materiales concretas.

Con la Constitución Política de 1886 se les garantizaba a todas las personas el mismo tratamiento legal, el cual se reducía a ser escuchado y a gozar de los mismos instrumentos jurídicos. Pero, el Estado no tenía a su cargo prestaciones sociales que facilitaran el desarrollo de proyectos de vida a las personas menos favorecidas, verbigracia, los discapacitados.

Ya, con la Constitución Política de 1991, artículo 13, se exige del Estado la prestación gratuita de servicios públicos esenciales para los más necesitados. Ya no se trata de permitirle a una persona la elección de un proyecto de vida. El estado debe facilitar con recursos propios el desarrollo de ese proyecto de vida. Las acciones afirmativas o discriminación a la inversa son complementadas con un mayor gasto social para que las opciones de vida se puedan cumplir.

Así, la Corte Constitucional (T-163/2014) ha venido desarrollando como principios fundamentales por ser inherentes a la dignidad humana y al mínimo vital el derecho que tiene toda persona a 50 litros diarios de agua; igualmente ha consagrado la salud como un derecho fundamental; a ello se debe agregar el derecho que tiene toda persona a recibir educación, aprender alguna técnica, a tener servicios públicos domiciliarios; derechos que se deben entender como derechos y no como simple caridad.

Es el principio de solidaridad el que permite y ordena cumplir con programas sociales como familias en acción, leyes 789 de 2002 y 1532 de 2012; Red Unidos, Jóvenes en Acción, programas para las madres cabeza de hogar contenidos en la ley 1232 de 2008; programas para las víctimas del conflicto armado interno, ley 1448 de 2011; el auxilio para los ancianos indigentes, artículo 257 de la ley 100; los Beneficios Económicos Periódicos para las personas sin derecho a una pensión por falta de semanas o capital, ley 1328 de 2009; el programa Colombia Mayor de subsidio al aporte en pensión para discapacitados, madres comunitarias, trabajadores independientes sin trabajo, concejales de municipios de categoría 4ta, 5ta y 6ta y ancianos a quienes les faltan semanas y están desempleados; subsidio de desempleo, ley 789 de 2002; el fondo emprender, y la atención a víctimas de ataques terroristas, entre los más importantes.

Los derechos en mención se pueden ver morigerados por el principio de la estabilidad fiscal o la estabilidad financiera del sistema de seguridad social, sin embargo, no es viable esperar la estabilidad del modelo económico para exigir su cumplimiento si está en juego el derecho a la vida o a la vida digna, tal y como lo dijo la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 con ponencia de Ciro Angarita.

Ahora bien, no todos los conflictos relacionados con justicia social se deben resolver con el concepto eurocéntrico de derechos humanos. Existen otras visiones del mundo, otras espiritualidades –entendidas no desde el punto de vista religioso judeo-cristiano- que dan solución a las expectativas de la vida de relación de ciertas comunidades que han sentido la vida de manera distinta a como lo ha hecho el hombre blanco europeo.

Frente a ello, la Teoría Crítica del Derecho señala que no debemos resignarnos a lo establecido. Nos obliga a buscar otras alternativas que permitan superar el monismo estatal en aras de lograr un pluralismo jurídico, tal y como lo propone Santos (2014) en su lucha por los "derechos humanos contrahegemónicos".

Para el autor, la realidad que se nos ofrece desde el derecho rígido, puede ser cambiada por otras respuestas que surgen de un uso alternativo de lo que consideramos es norma válida. La incorporación de sistemas normativos no formales que han regulado la práctica de la vida de los que la izquierda llama "los indignados" (antes proletariados), ha permitido que se protejan otros bienes insustituibles que generan derechos indisponibles por ser propiedad colectiva, como es el caso de lo que la cultura indígena llama la "Pachamama".

A través sentencias como la T-02 de 2012, la Corte Constitucional ha venido desarrollando el pluralismo jurídico como principio esencial de la Constitución Política de 1991, pero no a ultranza.

La sentencia en precedencia, señaló unos criterios éticos mínimos compartidos que permiten derogar la jurisdicción concebida a favor de grupos tribales en aras de proteger principios mayoritarios tales como la vida, la dignidad humana, el principio de legalidad y los derechos de las víctimas. Es decir, una conducta reprochable cometida por un integrante de una etnia no puede sobrepasar el "umbral de nocividad", o poner en peligro los valores fundantes del Estado colombiano consagrados en el preámbulo de la Constitución Política, especialmente la dignidad humana como valor absoluto. De hacerlo, la jurisdicción ordinaria debe regular la relación jurídica en cuestión.

En comienzo -dice la Corte- las conductas reprochables que ocurren dentro del territorio geográfico y cultural indígena están exentas del derecho mayoritario. Esto ha impedido que la justicia laboral pueda decidir los conflictos laborales entre indígenas ocurridos dentro de su territorio. En cuanto al factor personal, señala la alta corporación que se debe claudicar la jurisdicción ordinaria frente a las conductas reprochables cometidas por un indígena por fuera de su entorno, si la conducta también es sancionada por las autoridades indígenas, y en caso de no existir tal juicio de reproche en la comunidad, se hace necesario verificar el grado de comprensión que tenía el indígena al momento de realizar la conducta, o la afectación que pueda ocasionar a su persona la pena impuesta por el derecho mayoritario. Todo siempre y cuando no se traspase el "umbral de nocividad".

En el caso de otras minorías como los grupos religiosos, el ordenamiento jurídico mayoritario les ha protegido su autonomía a través de sentencias como la T-658 de 2013. Refiriéndose al punto, señala la Corte Constitucional que la relación entre la organización confesional y sus funcionarios, y entre la organización religiosa y los feligreses, se rige por sus propias normas. Entre las innumerables sentencias en cita, dice la Corte, si los integrantes de la congregación religiosa hacen votos de pobreza y se acogen a los estatutos que les ordena realizar tareas en beneficio de la asociación de manera gratuita, no pueden posteriormente acudiendo al código laboral que ordena que todo trabajo dependiente sea remunerado, solicitar el pago de salarios y prestaciones sociales. Igualmente, el derecho mayoritario se ha negado a ordenar matrimonios o sacramentos negados por la congregación religiosa. Se prioriza la autonomía privada como elemento *sine qua non* de las libertades.

Como límite a esa autonomía, señala la Corte, existen valores mayoritarios que no pueden ser derogados, especialmente la dignidad humana, por lo que cuando so pretexto de la autonomía de asociación religiosa o del fútbol se discrimina o se expone la vida digna de una persona, se ha ordenado, por ejemplo, garantizar el mínimo vital a sus integrantes.

El Orden Público como valor que restringe la incorporación de valores inusitados

Dicen los escépticos de los derechos humanos, citados por Sen (2000), que así como ninguna persona nace vestida, igualmente nadie nace con derechos. Son las necesidades y aspiraciones de una comunidad los que les dan vida. Diferencias culturales hacen que los derechos no sean universales.

En Colombia, en comienzo, el artículo 94 de la Constitución Política admite una especie de colonialismo en materia de derechos fundamentales al permitir el trasplante de todo derecho que un juzgador considere inherente a la persona humana. No obstante, como lo afirma Douzinas (2008), la creación de más derechos crea también consecuencias nocivas a otros derechos. Además, dice el autor, los deseos nunca se sacian. Ante esas situaciones conflictivas, a lo que se suma la carencia de recursos para cumplir con la retórica de los derechos humanos y, especialmente, las limitantes que genera el conflicto armado interno, hace necesario hacer uso de la ponderación como método para superar esos escollos.

Esas falencias –carencia de recursos y conflicto interno- implican para el Estado la necesidad de dar un orden a la vida de relación, lo que permite hacer nugatorios algunos derechos. En todo caso, no se puede suprimir el núcleo esencial de los derechos consagrados expresamente en la Constitución Política y en los tratados de derechos humanos que prohíben su limitación aún durante los estados de excepción, y los cuales están relacionados en la ley 137 de 1994 así:

> el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus.

Por ende, elevar a derecho cualquier aspiración o deseo sin las condiciones materiales para su cumplimiento, solo genera mayor decepción e ilegitimidad para los gobiernos. De allí la necesidad de imponer el orden y luego ir garantizando paulatinamente otros derechos. Las necesidades de la Europa Nórdica distan mucho de los inconvenientes de naciones como Colombia. Sus modelos no se pueden trasplantar de la noche a la mañana.

Finnis, siendo un iusnaturalista aristotélico y tomista, acepta que para lograr la eficacia de los bienes básicos o el bien común, es necesario acudir o al consenso -que no es eficaz por las preferencias subjetivas- ora a la autoridad, la cual sí garantiza las condiciones materiales que requiere cada individuo en su vida de relación.

En la legislación internacional la Declaración de Derechos Humanos, artículo 29, permite limitar derechos en aras de asegurar una convivencia pacífica. Tal es el caso del imperativo que se tiene para declarar en juicio. Lo que en comienzo podría ser entendido como una intromisión a la intimidad de la gente y sus libertades, resulta ser una ponderación a favor del orden público. En igual sentido sentencias de la Corte Constitucional como la C-024 de 1994, C-505 de 1999, C-822 de 2005, y la tutela 317 de 1997.

Los siguientes ejemplos recrean los efectos prácticos de las limitantes de derechos a través de la ponderación, priorizando el orden público. Al unísono se acepta que no puede haber censura previa como tampoco se puede sancionar a una persona por lo que aún no ha hecho, así existan antecedentes que indiquen que esa persona en iguales condiciones asume la misma postura ilegal.

En Inglaterra la violencia en los estadios era liderada por un grupo de fanáticos deportivos denominados Hooligans. El gobierno decidió prohibirles la entrada a los estadios de fútbol y hoy en día la violencia en los estadios ingleses prácticamente no existe. En Francia un diario, Charlie Hebdo, insultó y ridiculizó iconos religiosos de la cultura musulmana, la cual concibe valores y principios completamente ajenos a los valores de occidente, entre ellos, inmolarse y asesinar a las personas que ofenden sus creencias. Antecedentes existen muchos, verbigracia, el atentado del 11de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Pues bien, no obstante existir amenazas por parte de grupos armados musulmanes para que no continuaran las diatribas contra sus iconos, el diario en mención y el gobierno francés, antepusieron el derecho a la no censura. A cambio, murieron centenares de civiles que no participaron de tales "blasfemias". Hoy, la mayoría de las personas en Francia viven en constante zozobra. ¿Acaso existen derechos inderrotables? En caso afirmativo: ¿quién los estableció? ¿Qué debe primar, la ilusión teórica o la realidad?

Concebidas, entonces, las libertades con límites, lo que dista desde la declaración de los Derechos del Hombre de 1789, el orden público, entendido como la creación de condiciones materiales que facilitan la convivencia en paz, permite restringir los derechos fundamentales. Pero para impedir la recurrencia al orden público por parte del ejecutivo en aras de lograr cometidos totalitarios, el legislador señaló límites a las restricciones de los derechos a través de la mencionada ley 137 de 1994, que regula los Estados de Excepción. Actuar contrariando esos postulados ilegitima el orden público como valor, que es la mayor crítica al positivismo jurídico como ideología.

Igualmente, aunque el responsable de conservar el orden público y el interés social es el Presidente de la República, artículo 188 numeral cuarto de la Constitución Política, las demás ramas del poder público son responsables de no alterarlo. Para ello se le exige a la fiscalía no ser selectiva en sus investigaciones, ni hacer política, artículo 250 C.P. Su función se reduce a investigar las circunstancias fácticas que indiquen la comisión de un delito. A la justicia y a los órganos de control se les exige igualmente no utilizar el régimen sancionatorio para derrotar políticamente a sus contrarios, artículos 228, 267 y 277 de la C.P.

Decisiones contradictorias y soslayadas de las ramas del poder público, generan frente a la opinión pública una concepción de ilegitimidad cuando se atienden intereses particulares en perjuicio de los intereses de la Nación, especialmente cuando se usa el orden público para la disputa del poder político y no para recuperar la legitimidad.

En los informes anuales de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, tanto el del 31 de enero de 2012 como el cuarto informe del año 2013, se vincula la falta de libertades y derechos sociales al conflicto interno colombiano. De los informes se deduce que en las zonas donde existen grupos armados el acceso a la función pública y a cargos de elección es restringida, y quien quiera hacerlo debe obtener la anuencia de quienes controlan por la fuerza el orden público de la región. Los recursos de la salud y la educación terminan siendo despilfarrados por esos grupos armados, y ni qué decir de la libertad de expresión que desaparece por completo.

En Colombia las zonas de dominio paramilitar como Sucre, o de dominio guerrillero como el Cauca, o de dominio de las bacrim como Buenaventura -lugar

que utilizan para exportar drogas e importar armas- tienen mayor analfabetismo e índices de insalubridad que zonas como el Eje Cafetero donde hacen mayor presencia el Estado y la civilidad (El caso de Buenaventura merece especial importancia y es documentado en el informe del Conselho Norueguêz para Refugiados de septiembre de 2014 con apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El informe no incluye al eje cafetero como zona en manos de grupos armados).

Ese daño que causan los grupos armados paraestatales, llámense paramilitares, guerrilleros, narcotraficantes o su genérico bacrim, cuando involucra delitos de lesa humanidad como la tortura, el secuestro, el reclutamiento de menores para la guerra, la violación o el aborto obligatorio en sus filas, el uso de armas no convencionales, requieren siempre del castigo y no de la abdicación. Es concebir el orden público como elemento esencial de la democracia.

Conforme a la realidad práctica y las normas en mención, es viable inferir la viabilidad de la negación a incentivar ciertas exigencias o deseos de grupos determinados, cuando se trata de proteger los valores que consolidaron históricamente a una sociedad y que la misma aún quiere conservar. Así pues, el imperio del orden público al limitar determinados derechos fundamentales paradójicamente garantiza el imperio de los mismos.

La constitución política consagra una discrecionalidad judicial para el juez ordinario limitada por las fuentes y en general por los principios y valores positivados.

El cognoscitivismo moral en comienzo pareciera contrariar la libertad al imponer valores. No obstante, cuando el objetivismo moral es el resultado de un racionalismo basado en la historia y la experiencia de cada cultura, y los valores positivados son fruto del consenso o al menos surgen de procesos discursivos en donde se respetan las formas preestablecidas para lograrlo, no implican un monismo valorativo. Al contrario, la certeza de un multiculturalismo y la necesidad de una convivencia pacífica y digna de cada persona conllevan la necesidad de ceder y escoger valores. Desde esa perspectiva, la función reguladora y ordenadora del Estado adquiere grande importancia cuando se conciben los valores como concesión y cohesión social y no como imposición.

Pero la vida de relación no es pacífica. Los constantes conflictos, sea entre los particulares o entre estos y el Estado cuando este último pretende limitar derechos al imponer el orden público que le compete, le exigen a los jueces una pronta solución, sea ponderando cuando existen conflictos de principios sea subsumiendo en los casos fáciles.

Pero al tomar decisiones el juzgador ordinario no es libre. Aunque en cada caso debe argumentar sea para integrar el derecho, ora para interpretarlo o para elegir entre las varias posibilidades valorativas, su juicio está sujeto a las fuentes del derecho, artículo 121, 230 y 6 C.P. Solo si respetan los valores y principios constitucionales a través de la técnica jurídica definida en el ordenamiento jurídico, puede decirse que sus decisiones son coherentes.

Los valores que informan la Constitución Política de 1991 están contenidos en el preámbulo y en los artículos dos y tres. Los principios se encuentran diseminados en toda la parte dogmática del texto constitucional. La indeterminación de los contenidos principialísticos son definidos por el Congreso y por la Corte Constitucional, priorizando la decisión del Legislativo en aquellos aspectos en los que existe mayor libertad de configuración, en aras de salvaguardar el principio democrático que se desarrolla al interior del Congreso donde convergen las fuerzas vivas de la Nación.

Pero el texto constitucional no se agota allí. Es la misma Constitución Política la que remite a otros textos continentes de derechos fundamentales. El artículo 93 señala que los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso sobre derechos humanos que no se pueden suspender en los estados de excepción, obligan en el orden interno. La norma ha de entenderse en el sentido que no es necesaria la ratificación del Presidente de la República, y que en caso de conflicto con normas de rango constitucional ya sea el Congreso, ora la jurisdicción deben ponderar para tomar una decisión. Los derechos humanos que no se pueden suspender en los estados de excepción están consagrados en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el al artículo 4 de la ley 137 de 1994.

Un caso de conflicto entre normas constitucionales y normas internacionales aconteció con la destitución del Alcalde de Bogotá Gustavo Petro. Sucedió que la Comisión Americana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a favor del alcalde, destituido por el Procurador General de la República quien lo hizo con fundamento en el artículo 6 del artículo 277 de la Constitución Política, norma que tiene categoría de regla y desarrolla el principio de moralidad en la función pública. La norma internacional por el contrario señala que las personas elegidas para cargos de elección popular solo pueden ser destituidas por la justicia penal.

La solución conforme al artículo 93 de la C.P. implicaría la prevalencia de la norma internacional sobre una regla interna, sin embargo, la competencia para decretar medidas cautelares por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos no tiene origen en un tratado internacional. Fue la misma convención quien se arrogó tales facultades. Ante ello, acoger la decisión implicaría intromisión a espaldas del principio democrático que se desarrolla al interior del Congreso. Cosa distinta es el juicio de si la Procuraduría realizó o no control sobre políticas públicas imponiendo su propio criterio administrativo.

Igualmente, el artículo 214 de la Constitución Política señala que durante los estados de excepción y en todo momento se deben respetar las reglas del derecho internacional humanitario. Los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales tipifican como delitos las siguientes conductas que se realicen en contra de personas protegidas o no combatientes: los atentados contra la vida, la tortura y tratos inhumanos, toma de rehenes, castigos colectivos, actos de terrorismo, la esclavitud, el pillaje, las amenazas, infracciones a los derechos de los niños, infracciones a las personas privadas de la libertad, las condenas sin el debido proceso, y los desplazamientos forzados, entre otras.

A su vez, los convenios de La Haya buscan básicamente humanizar la guerra a través del uso de armas convencionales como la prohibición del uso de minas "quiebrapatas" o armas químicas.

Al hacer parte del bloque de constitucionalidad la normatividad del DIH, la cual prohíbe amnistías e indultos ante la presencia de conductas que vulneran las normas convencionales y los principios que la informan, cualquier marco jurídico en los procesos de paz debe incluir como mínimo sanciones penales, reparación a las víctimas y el conocimiento de la verdad, so pena de ser declaradas inexequibles, puesto que Colombia firmó tratados contra la impunidad en esta clase de delitos.

Además, en materia laboral el artículo 53 inciso cuarto de la C.P. señala que los convenios de la OIT ratificados por Colombia hacen parte de la legislación interna; en igual sentido los tratados con la Comunidad Andina de Naciones, como la decisión 584 de la CAN, artículo 227 C.P.

Sobre el punto ya se han presentado discrepancias entre lo permitido por la Constitución Política al legislador y lo exigido por la OIT. Por ejemplo, en el caso de la inexequibilidad del artículo 27 de la ley 789 de 2002, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-035 de 2005 que el término de un año exigido por el legislador para gozar de las vacaciones compensadas, violaba el artículo 11 del Convenio 132 de la OIT, el cual señala seis meses como período mínimo de servicios que se puede exigir para compensar vacaciones.

En cuanto a las recomendaciones de la OIT, la Corte Constitucional señaló en un fallo aislado (T-568 de 1999) que las mismas tienen carácter vinculante; sin embargo, si las recomendaciones son sólo eso, simples recomendaciones, su obligatoriedad queda en entredicho.

Para censurar la ampliación que de la normativa constitucional pretenda hacer cualquier juzgador, en el salvamento de voto de la sentencia C-567 de 2000, los doctores Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo reiteraron la jurisprudencia reinante sobre el punto. Señalaron que:

> El juez constitucional no es el creador de la norma constitucional. Ella es fruto de la función constituyente. Ningún fin por loable que sea permite que el juez constitucional configure por sí mismo el marco constitucional que le servirá de referente para confrontar la validez de las normas legales o de fuente para construir las reglas a aplicar en una situación específica.

Como corolario, hacen parte del bloque estricto de constitucionalidad y constituyen fuente de derechos fundamentales: i) los tratados de derechos humanos aprobados por Colombia (inciso primero del artículo 93); y, ii) las normas de derecho internacional humanitario (artículo 214). Luego, en un sitio intermedio entre la Constitución y la legislación interna, se encuentran los convenios internacionales del trabajo (artículo 53).

Así pues, ningún juzgador ordinario puede incorporar nuevos derechos fundamentales en contravía de la esencia del régimen jurídico y político. Corresponde a la Corte Constitucional y al Congreso la incorporación vinculante de derechos inherentes al ser humano, artículo 377 *ejusdem*, tal y como se hizo aparentemente con el derecho de los indígenas a decidir y participar de los beneficios económicos que genera la explotación económica en sus territorios ancestrales. Y es aparente, porque la Constitución Política de 1991 en su preámbulo señala que las personas tienen derecho a participar en las cosas que les incumben, además, el convenio 169 de la OIT consagra expresamente el derecho en mención.

Un caso que ha generado controversia tiene que ver con el aborto como un derecho fundamental de la mujer. La interpretación de la Corte Constitucional sobre el aborto es iusnaturalista desde el método empleado para desarrollar la norma, toda vez que desconoce el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en Colombia por la ley 16 de 1972, que vincula al operador jurídico conforme al artículo 93 de la Constitución Política. La norma internacional señala que la vida se protege desde la concepción.

Al tomar la postura a favor del aborto, la Corte considera razones valorativas a favor de la libertad de la mujer a elegir su maternidad. Para ello no recurre a posiciones religiosas o a leyes dictadas por un "Legislador del Universo" distinto al hombre del que habla Hart, que serían derecho iusnatural metafísico. Las subreglas contenidas en la sentencia sobre el aborto surgen de un proceso interpretativo desde las creencias vigentes. Para decidir, la Corte no acudió a tratados internacionales, simplemente acogió parte de las inclinaciones o deseos de una minoría que considera que la mujer tiene derecho a interrumpir el embarazo en una determinada etapa de la gestación.

Posiciones tan conflictivas como esas, deben ponderarse desde el Congreso donde se desarrolla el principio democrático. Acudiendo la Corte Constitucional a salvaguardar los derechos de las minorías que salgan derrotadas en ese proceso dialógico. En el caso concreto de ser aprobado el aborto como un derecho fundamental, le corresponde a la Corte Constitucional proteger los derechos de quien en ese proceso sale derrotado y por ende se constituye en minoría, verbigracia, los cristianos, para permitirles continuar con sus creencias y proteger a los médicos o propietarios de clínicas que por objeción de conciencia decidan no participar de dicha práctica social.

Conclusiones

El garantismo constitucional y el positivismo incluyente, ni como teorías ni como dogmáticas jurídicas, alcanzan a explicar la incorporación de la moral en la Constitución Política colombiana de 1991.

El procedimiento de creación normativo desarrollado por el discurso práctico racional de Habermas, se aviene al sistema legislativo de producción de normas jurídicas en Colombia. El juez –dice- no hace un discurso práctico racional, por lo que la inexistencia del principio democrático en las altas cortes les impide crear derecho. En Colombia las altas cortes al interpretar sí crean derecho.

La validez del ordenamiento jurídico colombiano depende del respeto por las formas o procedimientos de expedición y por el contenido de las normas jurídicas, las cuales deben cumplir los lineamientos trazados por la ley orgánica y los contenidos de los valores y principios elegidos por consenso y positivados en la Constitución Política de 1991.

Las libertades entendidas como permisiones no son inusitadas, el Estado colombiano conserva un poder de ordenación y limitación de los derechos en aras de preservar el orden público y el respeto por los valores elegidos. La justicia como contenido de la igualdad ante situaciones materiales concretas encuentra limitantes en principios económicos como la estabilidad financiera del sistema, no obstante, existen unos derechos mínimos inaplazables necesarios para

cumplir con la dignidad humana, principio fundante del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la concreción de los valores positivados en la Constitución Política, se ve friccionada -como lo refiere Guastini (2010)- por la vaguedad general del lenguaje, a lo que se debe sumar la equivocidad fruto de las ideologías del intérprete, sus preferencias y el método de interpretación empleado, por lo que el juez al interpretar crea derecho. Pero, para el juez ordinario, la discrecionalidad judicial está delimitada por los contenidos constitucionales y la determinación que de los textos que contienen derechos fundamentales hacen el Congreso y la Corte Constitucional. Su función consiste en ponderar en cada causa los distintos principios positivados. Ley 270, artículo 48; artículo 152 C.P. En cuanto al derecho viviente, los principios e interpretaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado también vinculan a las demás autoridades del poder público. Ley 1437, artículos 102 y 258; artículo 333 CGP.

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2002). *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara S.A.

Arena, F. (2014). *El Convencionalismo Jurídico*. Barcelona: Marcial Pons.

Carabante, J. (2011). *La Teoría Discursiva del Derecho de Jurgen Habermas como Paradigma para la Ciencia del Derecho* en: https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/viewFile /38227/36984.

CIDH. (2013). *Verdad, Justicia y Reparación. Cuarto informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia.* Consultado en http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf

Douzinas, C. (2008). *El Fin de los Derechos Humanos.* Bogotá: Legis/Universidad de Antioquia.

Dworkin, R. (2007). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho

Ferrajoli, L. (2012). *Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista*. En *Un Debate sobre el Constitucionalismo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

García, J. (2005). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

George, R. (2009). *Entre el Derecho y la Moral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/ Editorial Ibañez.

Guastini, R. (2010). *Nuevos Estudios sobre la Interpretación.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Habermas, J. (2000). *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta.

Hegel, G. (2004). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Hemel, U. (2007). *Valor y Valores. Ética para Directivos.* Barcelona: Ediciones Deusto.

Hervada, J. (2014). ¿Qué es el Derecho? Bogotá: Temis.

Himma, K. (2011). *Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Juan XXIII. (2004). *Mater et Magistra*. Bogotá: Ediciones Paulinas.

Kelsen, H. (2013). ¿Qué es la Justicia? México: Fontamara S.A.

_____. (2010). *Teor*ía Pura del Derecho. Bogotá: Editorial Géminis Ltda.

Marquardt, B. (2015). Derechos Humanos y Fundamentales. Una Historia del Derecho. ¿Valores universales o hegemonía moral de occidente? Bogotá: Editorial Ibañez.

NRC. (2014). *Informe del Conselho Norueguêz para Refugiados de septiembre de 2014 con apoyo del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados.* Consultado en http://www.nrc.no/arch/_img/9183876.pdf.

ONU. (2012). *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.* Consultado en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/.../A-HRC-19-21-Add3_sp.pdf.

Rawls, J. (2004). *Teoría de la Justicia.* México: Fondo de Cultura Económica.

Rincón, J. (2004). *Las Generaciones de los Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sandel, M. (2011). *Justicia.* Bogotá: Random House Mondadori, S.A.

Santos, B. (2014). *Derechos Humanos. Democracia y Desarrollo.* Bogotá: Colección de Justicia.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá: Editorial Planeta.

Sentencias Judiciales

Corte Constitucional. Sentencia T-406 (1992). Tutela por no prestación de servicios públicos domiciliarios.

Corte Constitucional. Sentencia C-024 (1994). "Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 57 (parcial), 62 (parcial), 64, 70 (parcial), 71 (parcial), 78, 79, 81 (parcial), 82, 84, 102 (parcial), 105 (parcial) del Decreto Ley 1355 de 1970, y los artículos 111 y 118 del Decreto Ley 522 de 1971".

Corte Constitucional. Sentencia C-309 (1997). "Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 178 del decreto 1344 de 1970, tal y como fue modificado por el artículo 1º del decreto 1809 de 1990".

Corte Constitucional. Sentencia T-317 (1997). Tutela por vulneración de derechos fundamentales de las personas recluidas en establecimientos carcelarios.

Corte Constitucional. Sentencia C-505 (1999). "Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 383 de 1997".

Corte Constitucional. Sentencia T-568 (1999). "Tutela por una presunta violación de los derechos al trabajo, a la organización sindical, a la asociación, la huelga, y el debido proceso".

Corte Constitucional. Sentencia C-567 (2000). "Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones". Bogotá". Salvamento de voto.

Corte Constitucional. Sentencia C-035 (2005). "Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 789 de 2002".

Corte Constitucional. Sentencia C-822 (2005). "Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 247, 248, 249 y 250 de la Ley 906 de 2004, "*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*".

Corte Constitucional. Sentencia C-1040 (2005). "Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 02 de 2004 *"Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*. Reelección presidencial.

Corte Constitucional. Sentencia T-391 (2007). Tutela contra decisión judicial que resolvió "acción popular contra el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. RCN, por vulneración de la moral pública, las buenas costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia".

Corte Constitucional. Sentencia C-666 (2010). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7º de la ley 84 de 1989.

Corte Constitucional. Sentencia T-909 (2011). Tutela "contra el Centro comercial COSMOCENTRO, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad y la igualdad" de personas homosexuales.

Corte Constitucional. Sentencia T-002 (2012). Tutela sobre competencia de la jurisdicción indígena por delitos de actos sexuales abusivos cometidos contra menor indígena.

Corte Constitucional. Sentencia T-658 (2013). Tutela por no pago de prestaciones sociales en contra del Monasterio Santa Clara de Copacabana, Antioquia.

Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. AP 250002324000201100227 01. (2013). "Permisos a FIDIC para el desarrollo del proyecto investigativo denominado "vacuna sintética para la malaria producida por el plasmodiumfalciparum en el departamento del Amazonas". Maltrato animal.

Corte Constitucional. Sentencia T-163 (2014). Tutela para solicitar el acceso al agua potable para personas de especial protección constitucional.