



**Artículo Original**

Recibido para publicación: octubre 20 de 2009  
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2009

---

**LOS FALLOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO  
DETERMINACIONES FILOSOFICAS, POLITICAS, Y AXIOLOGICAS ANTES  
QUE JURIDICAS. ANÁLISIS DESDE ALGUNAS TEORÍAS POLÍTICAS,  
JURÍDICAS Y SISTÉMICAS**

---

Carlos Alberto Almanza Agamez

Karla Marcela De La Cruz Osorio

Correspondencia: Almanza Agamez, Carlos Alberto en: [carlos.almanza@curnvirtual.edu.co](mailto:carlos.almanza@curnvirtual.edu.co)

CvIac

[http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000909424](http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000909424)

**RESUMEN**

Toda Constitución no es más que una positivización del ordenamiento político de una sociedad, sus tradiciones, y sus valores producto del consenso racional sobre una Lógica de Juicios de Valor, por lo que toda sentencia de índole constitucional siempre habrá de ser política y axiológica; el nivel de coherencia interna de un fallo constitucional viene dado por la concepción que del poder constituyente se tenga. Así las cosas, si la Constitución define y organiza un Orden Político y representa toda una Lógica de Valores y Principios jerarquizados, entonces las Sentencias dictadas de conformidad con el Art. 241 de la Constitución, habrán de ser casi siempre Sentencias axiológicas, con una profunda carga Política, antes que jurídicas o formales.

## Palabras Claves

Constitución Política, Sentencias de Constitucionalidad, Corte Constitucional, Valores Constitucionales, Principios Constitucionales, Interpretación.

## ABSTRACT

All Constitution is not more than a positivización of the political ordering of a society, its traditions, and their values product of the rational consensus on a Logic of Judgments of Value, reason why all Sentence of constitutional nature always will have to be political and axiológica; the level of internal coherence of a constitutional failure comes dice by the conception that of the constituent power is had. Thus the things, yes the Constitution defines and organizes a Political Order and represents all a Logic of Values and hierarchized Principles, you intone Sentencias dictated in accordance with the Art. 241 of the Constitution, will have to be almost always axiológicas Sentences, with a deep Political load, before legal or formal.

## Keywords

Political constitution, Sentences of Consitutionality, Constitutional Court, Constitutional Values, Constitutional Principles, Interpretation.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991, desde su creación ha significado en su accionar una serie de contradicciones para unos, y equilibrios para otros, que ameritan necesariamente realizar un análisis sobre la naturaleza de ser de la misma. Este ensayo, parte de la base de que los temas de carácter constitucional son temas más de un contenido material político y axiológico, que de una estructura formal jurídica. Estas contradicciones giran fundamentalmente en la defensa y materialización de los principios y valores constitucionales y supra constitucionales

que se encuentran en y por encima de la Carta Política del 91. No en vano, este problema se ve reflejado en parte, en los estudios que al respecto ha adelantado el Dr. Oscar Mejía Quintana. En efecto, Mejía Quintana señala que:

“En el desarrollo de su labor, la Corte Constitucional colombiana ha tomado diversas decisiones que han resultado altamente polémicas, dada su incidencia directa en ámbitos tales como el político, social y más específicamente el económico<sup>1</sup>. A través de estos pronunciamientos<sup>2</sup>, la Corte ha posibilitado la materialización de los derechos contenidos en nuestra Carta Política, con lo cual es hoy vista por un gran sector de la población como el único ente estatal que puede satisfacer las demandas de la sociedad, especialmente de las capas más desprotegidas. En esta visión, el tribunal constitucional no debe limitarse en atención a las consecuencias prácticas de sus decisiones, sino que cumplirá rígidamente con su labor de protección al texto constitucional.

No obstante, y desde una perspectiva contraria, se afirma que la Corte se ha convertido en un entorpecedor de políticas económicas y sociales, pues al disponer improvisadamente de gran parte del presupuesto estatal, está actuando de manera financieramente inviable, lo que deviene en una mayor crisis y conflictividad para nuestro país”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Para una visión general de la labor de la Corte Constitucional colombiana, ver Manuel José Cepeda (coordinador), Derecho Constitucional. Perspectivas Críticas, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1.999; Observatorio de Justicia Constitucional. Balance Jurisprudencial de 1.996, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1.998. Respecto de la polémica en torno a la Corte Constitucional colombiana ver Rodrigo Uprimny, Justicia Constitucional, Derechos Sociales y Economía: Un Análisis Teórico y una Discusión de las Sentencias de UPAC (1ª parte), en Revista Pensamiento Jurídico (No.13), Bogotá: Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2.000.

<sup>2</sup> Son ejemplo de fallos de la Corte con afectación económica, la determinación de las obligaciones de las E.P.S., el estudio de constitucionalidad del sistema UPAC, y más recientemente, la decisión de inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto, en virtud de la cual se ordenó el incremento retroactivo de los empleados y servidores públicos que devengaran un salario mensual superior a los dos (2) salarios mínimos. De igual forma, las sentencias C-383/99, C-700/99, SU-819/99, son una muestra representativa de dichos pronunciamientos.

<sup>3</sup> Quienes se adhieren a esta postura crítica del control constitucional en el campo económico, efectúan graves objeciones que fundamentalmente pueden concretarse en la falta de capacidad técnica de la Corte Constitucional para conocer de esos asuntos, el carácter antidemocrático que su inmersión implica, y el peligro de politización de los procesos que se desarrollan a su interior. Ver entre otros, Salomón Kalmanovitz, ¿Despotismo Nuevo? en Lecturas Dominicales, Diario del Tiempo, Diciembre 10 de 2.000.

Lo primero es recordar que desde la expedición de la Sentencia del 9 de Octubre de 1990 proferida por la Corte Suprema de Justicia que validó el Decreto 1926 de agosto 24, pasando por la creación de la Corte Constitucional en la Constituyente del 91, y en el momento en que ésta empezó a desarrollar su Jurisprudencia Constitucional, se dio lugar a plantear un debate jurídico, ideológico y político, sobre la naturaleza de los fallos de la Corte Constitucional, cuando actúa como salvaguarda de la Carta Magna en ejercicio de las facultades conferidas en el Art. 241 de la carta magna.

### **MATERIALES Y MÉTODOS**

A partir del planteamiento de la problemática contenida en el estudio, concretada en un núcleo problémico, el abordar, e indagar sobre los contenidos de las Sentencias proferidas por la Corte Constitucional como respuesta a una Lógica Jurídica formalista o iuspositivista, o si por el contrario, como en efecto creemos que sucede, responden a una Lógica de Juicios de Valor producto de una Rehabilitación de la Razón Práctica, con una fuerte carga material y política, el artículo se inicia desde la perspectiva hipotética de que toda Constitución no es más que una positivización del ordenamiento político de una sociedad, sus tradiciones, y sus valores producto del consenso racional sobre una Lógica de Juicios de Valor, por lo que toda Sentencia de índole constitucional siempre habrá de ser política y axiológica; el nivel de coherencia interna de un fallo constitucional viene dado por la concepción que del poder constituyente se tenga. Así las cosas, sí la Constitución define y organiza un Orden Político y representa toda una Lógica de Valores y Principios jerarquizados, entonces las Sentencias dictadas de conformidad con el Artículo 241 de la Constitución, habrán de ser casi siempre Sentencias axiológicas, con una profunda carga Política, antes que jurídicas o formales. En tales condiciones, la búsqueda de información bibliográfica que se desarrolló sobre el particular se estructuró con la elaboración de fichas de análisis

documental, con los datos previamente seleccionados en términos de pertinencia y relevancia sobre el tema.

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

Ejemplo de ello es la Sentencia de Octubre 9 de 1990 proferida por la Corte Suprema de Justicia que validó el Decreto 1926 de agosto 24 de ese mismo año haciendo uso de las facultades del entonces vigente Estado de Sitio y donde se convocaba a los ciudadanos a una consulta para integrar una Asamblea Constituyente que reformase la Carta de 1886, que formalmente violaba el Plebiscito de diciembre 01 de 1957 incorporado al artículo 218 de dicha carta, en cuanto que se prohibía futuras reformas de la misma por este medio, pero sin embargo, en dicha sentencia se estableció la primacía de la política sobre el formalismo jurídico al declarar exequible el decreto citado.

La Corte Suprema, en dicha sentencia, hace una amalgama del iusnaturalismo liberal y del positivismo Kelseniano que es incongruente con sus términos filosóficos, pero que justifica en el terreno de la Teoría Jurídica la necesidad de una salida política a la situación que vivía la Colombia de ese momento. Surge un interrogante: ¿bajo qué parámetros podemos evaluar dicha sentencia? ¿Jurídica o Política?

Así las cosas, nuestra Hipótesis recalca el hecho de que toda Sentencia Constitucional hace primar lo Político y lo Axiológico sobre lo Jurídico siempre que estos elementos estén en tensión estructural dentro de la correlación que entre si poseen dentro de cualquier Constitución Demoliberal. Para intentar demostrar esto, este ensayo abarcará en primer lugar una explicación del Surgimiento Histórico de las Constituciones Liberales, y del Liberalismo, siendo este precedido

de varias ideologías. Se abarca también los conceptos relacionados con la Filosofía Contractualista.

Lo anterior implica revisar los planteamientos de Hegel, Hobbes, Locke y Rousseau y Kant, estos últimos en lo concerniente al contractualismo y el Pacto Social. Así mismo a George Sabine, F. Lasalle, J. Raz, Habermas, R. Alexi, J. Rawls, entre otros. Cada uno aporta elementos que ayudan a orientar y aclarar el marco en el cual se debe dar el debate o la discusión que pretenda resolver la problemática que surge alrededor de la Hipótesis antes mencionada. En la mayoría de estos autores, para su mejor comprensión y análisis, es claro el apoyo referencial que se obtiene de la revisión minuciosa de los estudios realizados por el Dr. Oscar Mejía Quintana, que están citados a lo largo de todo el ensayo.

Por último, algunas consideraciones valorativas propias de los autores de este ensayo, elaborados producto de la revisión de lo planteado durante todo el ensayo, y las conclusiones extraídas. En ambos puntos, se hace un intento de validar nuestra hipótesis, a partir de los textos consultados y análisis de los mismos.

### **Liberalismo y contractualismo. Marco conceptual.**

Este aparte del presente artículo pretende exponer el Derecho desde la perspectiva de forma de decidir las soluciones a las problemáticas que se suscitan en el ejercicio del control constitucional. En su sentido lato, el Control Constitucional está cargado de elementos políticos, por cuanto una Constitución es la radiografía de la ideología o política de un pueblo, por ende el desarrollo de la carta magna se debe materializar conforme a los parámetros consagrados en dicho marco ideológico, el ordenamiento jurídico y las dediciones deben estar acordes en forma sistemática. Conforme a este presupuesto, la Hipótesis que este

---

ensayo pretende abordar solo se puede explicar a partir del entendimiento previo del concepto de Liberalismo.

### **El liberalismo.**

Cuando nos enfrentamos a la tarea de estructurar definiciones y los hechos que la enmarcan en sí, nos encontramos en una problemática, sumado a que por su perdurancia en el tiempo y su relación con las parcelas de la política, economía y lo social, se potencia tal dificultad, por cuanto en tal derrotero en la línea cronológica, se generan distintos matices del pensamiento y de la materialidad histórica que fluye como instigadora de su construcción, ante tan difícil tarea intentaremos plasmar un concepto de liberalismo.

Lo primero que debemos advertir en su construcción es que no es unívoca su concepción, todo lo contrario, pues se pasea por las áreas ya expresadas en el párrafo anterior, por lo que genera visiones e interpretaciones no totalmente universales, no obstante es posible esbozar una idea general. Podemos afirmar que el liberalismo es un fenómeno histórico y está relacionado con la democracia, es una teoría sobre el funcionamiento de la sociedad, bajo este supuesto parte de unos paradigmas, en esencia de la construcción de la libertad, su teleología es el plano material de bienestar, sin importar el estado inmaterial, se funda en el individualismo y a partir de tal característica, consecuentemente, debe progresar la sociedad, es una propuesta de competencia a la humanidad a partir de la libertad.

Desde el punto de vista político, el liberalismo es la corriente doctrinal que pregona la supremacía de las leyes naturales y cuyos presupuestos básicos son: la exaltación del individuo y sus derechos, la fe en el progreso humano, la tolerancia como norma de convivencia, la no injerencia del estado en la vida social y económica, el origen parlamentario de las leyes, la democracia representativa, la

supremacía del derecho sobre el poder político, la igualdad de los hombres, la supremacía de la constitución en el ordenamiento Jurídico, la concepción del orden político como producto de un pacto social, la tridivisión de los poderes del estado como mecanismo para garantizar la libertad.<sup>4</sup>

El liberalismo político, en general, fue un movimiento masivo que se hizo sentir en todos los países de Europa Occidental y en Estados Unidos, pero su desarrollo más característico tuvo lugar en Inglaterra. En Alemania, la filosofía liberal siguió siendo generalmente académica, no profundamente arraigada en el pensamiento popular, y en 1848, la causa del gobierno parlamentario y la responsabilidad ministerial se perdieron definitivamente. La cuestión del constitucionalismo liberal fue desplazada de la conciencia de los alemanes por el problema de la unificación nacional y ésta realizó bajo los auspicios no liberales. Sólo en el sistema judicial alemán se realizaron valores liberales tales como la seguridad de la propiedad y una considerable medida de libertad civil y la teoría liberal alemana fue, en consecuencia jurídica más que política.

## El contractualismo

Para entrar a definir el contractualismo, utilizaremos la síntesis que nos presenta ALBERTO ORGULLOSO, en su artículo titulado “EL CONTRATO SOCIAL, EL DISCRETO ENCANTO DEL PODER<sup>5</sup>”, en el que condensa el concepto de Contractualismo, definiéndolo una corriente doctrinaria filosófica y política que reconoce en el *contrato social* la fuente constituyente del poder político en sus diversas formas y expresiones (Estado, gobierno... etc.). El origen del Estado reside en un “contrato hipotético” entre los miembros de la sociedad que aceptan la delegación relativa de su poder en el Soberano o el Estado como ente político representativo de la *voluntad general*. Ese contrato social se funda en el

<sup>4</sup> Ver Hernández, Becerra Augusto. Las ideas Políticas en la Historia. Universidad Externado de Colombia .Bogotá. 2003. Pág.221.

<sup>5</sup>Ver <http://www.geocities.com/abcrevistas/encuentro/1/contrato.rf>. Encuentro revista de debate contemporáneo. Año 1 # 1, Agosto - Octubre 2001.

consenso social que busca, por un lado legitimar el poder y racionalizar su fuerza y su ejercicio, y por otro, administrar democráticamente las tensiones inherentes a la lucha de intereses particulares de la sociedad civil. El contrato social constituye una propuesta política de la modernidad respecto de un nuevo orden social e institucional basado en un gobierno democrático.

Plantea además, que el contrato social<sup>6</sup> es una condición subjetiva de la construcción política del poder y del gobierno, determinado por el paso del estado de naturaleza asocial al estado civil social, donde el Estado moderno aparece como expresión delegada y concentrada del poder político. El contractualismo plantea que el tránsito al estado de sociedad civil<sup>i</sup> implica establecer un pacto o acuerdo entre todas las partes (individuos y grupos sociales) para delegar el monopolio de la fuerza en el soberano o en el Estado y investirlo de poder político.

Y continúa diciendo que el contractualismo ante todo reconoce en el derecho (Derecho Natural y Público), y su forma instrumental en la Ley, como la única forma posible de racionalizar y limitar los alcances del poder del Estado y el Gobierno, y además para reconocer los derechos y regular los intereses, las actuaciones y relaciones entre los ciudadanos, entre éstos y el Estado, y de éste con los demás Estados. De esta manera la Ley le da legitimidad a la acción y representación del Estado y otorga un marco regulatorio al poder de los ciudadanos. El paso de ese estado natural al civil le señala al hombre obediencia frente al Estado y a la Ley. Por ello el Estado construye y constituye a la vez todo un sistema jurídico político de Derecho en el que el Derecho Público (interno) y el Derecho Internacional (externo) se sobreponen al Derecho Natural, propio del estado de naturaleza de los hombres.

---

<sup>6</sup> Que puede entenderse como una Constitución Política o las reglas éticas y políticas generales y fundamentales de los derechos, el gobierno y el poder en una nación o un pueblo.

Más allá de anteponer “lo público” a “lo privado”, hay que reconocer al Estado como ente público y considerar a los individuos como entes privados, cuyas vidas, libertades y actuaciones son interdependientes entre sí con algún grado de subordinación en cuanto al ejercicio del poder y la sujeción a los derechos y deberes. Se trata de distinguir, según Rousseau, los derechos de los ciudadanos en calidad de hombres iguales, frente a los deberes que tienen que cumplir en calidad de súbditos ante el gobierno y el Estado.<sup>7</sup> La figura jurídica del contrato social es la base de un sistema de convivencia política cuya fuente principal de Derecho, ya no es el contrato, una vez agotada la función fundadora del contrato original, sino la Ley que instaure las relaciones de subordinación y reconocimiento. En consecuencia es el poder legislativo quien hace surgir y mantener al Estado como unidad de dominio del poder, y por lo tanto como totalidad institucional, pero ello no es más que una representación del poder delegado de los ciudadanos.

### **Aproximaciones al concepto de constitución.**

Con el propósito de esbozar de mejor forma la hipótesis planteada en la introducción de este trabajo, consideramos importante puntualizar sobre el concepto de constitución y de pacto social según HERNÁN OLANO GARCÍA, en su ensayo titulado ¿Qué es una constitución? Reflexiones a propósito del “Boterismo constitucional”, y que nos trae un conjunto de definiciones de este término. Para Olano Valderrama y para el referido autor del mencionado ensayo,<sup>8</sup> hay tres acepciones de Constitución:

- En sentido propio, se debe entender por constitución todo el complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, idóneas para trazar las líneas maestras del ordenamiento mismo.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Olano Valderrama, Carlos Alberto; Olano García, Hernán Alejandro. Derecho constitucional general e instituciones políticas –Estado social de derecho. 3 edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, pp. 61-62.

- En sentido formal, o sea aquel complejo de normas superiores distintas de las ordinarias, expedidas en virtud de un procedimiento más complejo y solemne de formación y votación, pues en vez de emanar de órganos legislativos normales y mediante el método común de trabajo, provienen, ya sea de un órgano legislativo especial (Asamblea Nacional Constituyente), o bien de órganos legislativos normales (Congreso), pero con procedimientos diversos de los acostumbrados para votar las leyes ordinarias, o también, con la intervención directa de cuerpo electoral (plebiscito o referendo).
- En sentido material (precisando el conjunto de los elementos organizativos necesarios para dar vida a un Estado), como el complejo de instituciones jurídicas, positivamente válidas y operantes, que realizan un ideal nacional de bien común, teniendo en cuenta los objetivos que alientan la lucha de las distintas fuerzas políticas actuantes en el país de que se trate y en un momento dado de su discurrir histórico.

Ignacio de Otto<sup>9</sup> dice que *“La—Constitución en sentido material, autor, al conjunto de normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos; en pocas palabras: las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, no es el sentido indicado antes, sino en el de que la tienen por objeto”*.

Todas estas definiciones consolidan el papel que juega una constitución dentro de un estado, precisamente como materialización de un pacto social y nos muestran como se enlacen a ella los conceptos de Poder, Pueblo, ordenamiento político, estado y pacto, conceptos estos que ilustran nuestra hipótesis.

---

<sup>9</sup> Ignacio de Otto, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 17.

## Punto de partida para validar la hipótesis. Estado del arte.

Parte nuestras consideraciones en este ensayo van dirigidas en determinar la validez o no de nuestra Hipótesis, está, en resumen es, que *sí la Constitución define y organiza un Orden Político y representa toda una Lógica de Valores y Principios jerarquizados, entonces las Sentencias dictadas de conformidad con el Art. 241 de la Constitución, habrán de ser siempre no jurídicas sino axiológicas, con una profunda carga Política.*

Ello implica revisar los estudios y análisis que sobre la temática se ha hecho por juristas, filósofos, y demás estudios de los fenómenos jurídicos, a in de que los mismos, sirvan como punto de partida para resolver el problema de estudio, y si es del caso, validar la Hipótesis.

Antes de eso debemos hacer la siguiente precisión: El tema, que inicialmente también puede considerarse desde la óptica de las Fuentes del Derecho, especialmente del Derecho Constitucional, implica resolverlo desde una perspectiva o punto de vista específico. Debemos mencionar entonces que en el análisis de las Fuentes del Derecho confluyen aspectos de temáticas diferentes que se corresponden con lo que A. E. Pérez Luño<sup>10</sup> ha identificado como las tres grandes actitudes teóricas sobre las Fuentes que se pueden registrar en los últimos siglos:

1. Punto de Vista Filosófico Especulativo: Hace referencia al principio constitutivo del Derecho en general. Es objeto de estudio principalmente del Iusnaturalismo, donde prima la “**Causa Eficiente**” y la “**Causa Final**” de las Fuentes. Se dice así, que las fuentes son el Derecho

<sup>10</sup> Pérez Luño, A. E., “*El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*”, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

Natural, otros dirán que Dios, la Divinidad, la Naturaleza Humana, el pacto o contrato social, etc.

2. Punto de Vista Político – Social: Hace énfasis en la “**Causa Material**” del Derecho como Fuente del mismo, al situar su fundamento en las fuerzas sociales que contribuyen a crear Derecho, y su fin es determinar su grado de **Eficacia**. Esta es una perspectiva “**Realista**” conformada por los factores históricos, sociales, económicos y políticos de una sociedad en un momento determinado.
3. Punto de Vista Jurídico Positivo: Hace énfasis en la “**Causa Formal**”, circunscribiendo su estudio a la identificación del criterio de “**Validez**”. Se refiere al modo de creación del Derecho, y no al “Por Qué”, ni al “Cómo” éstos se presentan históricamente.

Pues bien, para fundamentar nuestra Hipótesis, haremos especial énfasis en los dos primeros puntos de vista, mas en el segundo que en el primero. Queremos así superar la limitada visión del tercero, el punto de vista meramente formal – positivista. Hacer énfasis en visiones filosóficas-especulativas, o en visiones Político – Sociales, implica superar el observar el derecho como un sistema auto referenciado y autopoietico, esto es (siguiendo la Teoría de Luhmann en la Observación Sociológica del Derecho<sup>11</sup>), que coexiste con otros sistemas sociales.

Lo anterior significa que el derecho “*construye sus elementos a partir de sus elementos, y todas sus operaciones, procesos, y su misma identidad, se asientan sobre esos elementos. Esto le da su dimensión de sistema cerrado, que Luhmann*

<sup>11</sup> Luhmann, Niklas, “Die soziologische Beobachtung des Rechts”, *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssociologie* 3; Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986; 47 pp. (“La observación sociológica del derecho” Traducción de Héctor Fix Fierro).

---

*expresa al decir que sólo puede producir normas jurídicas sobre la base de normas jurídicas, que “no hay derecho fuera del derecho”...<sup>12</sup>”*

Evitamos así esta concepción, donde el Derecho solo podría desde su propia observación, mirar su objeto de estudio desde la visión limitada que da el mismo derecho, esto es, en términos de legalidad - ilegalidad. Tal como anota García Amado al comentar la Obra de Luhmann *“Ninguno puede conocer los objetos tal cual como son, sino sólo tal como los puede contemplar con arreglo a su código propio: legal/ilegal, verdadero/no verdadero, bello/feo, etc. Ni siquiera el sistema científico puede pretender la posesión de un estatuto superior y una perspectiva distinta sobre los demás. El sistema científico existe al mismo nivel que los otros sistemas sociales y con la función de reducir también un ámbito de complejidad. La verdad es relativa al sistema científico, no un valor extrapolable como tal fuera de él. En cuanto se deja de operar dentro de éste dejan de existir verdades: habrá actos legales o ilegales, objetos bellos o feos, poder o sumisión, etc., es decir, los valores propios del código sistemático con el que se esté operando en cada momento<sup>13</sup>”*.

Por ello, tratando de acercarnos a la idea de Luhmann, una buena manera de aproximarse al conocimiento del Derecho y con ello, a los problemas iusfilosoficos derivados de nuestra Hipótesis, sería a partir de la visión que del mismo nos puede dar la Sociología.

*“La teoría del derecho produce una auto descripción del sistema jurídico. La sociología aprovecha la posibilidad de la observación ajena, incluyendo la observación de las autodescripciones del sistema, es decir, la sociología de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica. En esta interpretación, la sociología debe abandonar toda pretensión a un saber mejor; pero también puede*

---

<sup>12</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nº 5. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogota, 1997. Pág. 174-175

<sup>13</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. Op. Cit. Pág. 151

*desentenderse de las responsabilidades operativas en el sistema jurídico, de la lealtad al sistema, de ofertas de auxilio y de servidumbres de todo tipo. Puede observar más, y a la vez menos, que el sistema jurídico mismo*<sup>14</sup>.

Por otro lado, la Teoría Sociológica<sup>15</sup> desarrollada por el profesor Luhmann nos muestra como la "complejidad" determina el proceso de decisión en las organizaciones sociales y, por tanto, el concepto de "fin" es reemplazado por el concepto más general de las "premisas de la decisión", al tiempo que nos presenta una visión objetivante de la decisión al margen de modelos normativos o programas racionales de decisión.

Para Luhmann, la decisión se caracteriza por ser una "elección entre varias posibilidades (alternativas) que sólo se documentan en la alternativa elegida (pero que no consiste en la alternativa elegida)" es así, como "...cada decisión tiene una <<doble unidad>>, es decir: 1) la relación de la <<diferencia>> de las alternativas y 2) la misma <<alternativa>> escogida. La decisión es ejecutada como sustitución de una unidad por otra, como sustitución de 2) por 1)". La decisión subsiste aún cuando la elección sea impuesta o esté determinada por otras decisiones. El actuar de manera rutinaria puede ser entendido, en algunos casos "como repetición de una decisión ya adoptada".

Dos ideas son inconvenientes para la Teoría de la Decisión, según Luhmann. La primera de ellas, "la suposición de una congruencia entre decisión y acción, según la cual cada acción requiere de una decisión y a la inversa cada decisión, de su acción ejecutora". Pues, se decide no siempre para actuar inmediatamente, sino también para generar un ambiente favorable o desfavorable para la toma de futuras decisiones, o se decide condicionado fácticamente por las decisiones tomadas con anterioridad. Las decisiones se caracterizan por "<<cotematizar la selectividad de su relación con otras decisiones>>, estas han de hacerlo desde

<sup>14</sup> Luhmann, Niklas, Op Cit.

<sup>15</sup> Luhmann, Niklas, Op. Cit.

*una perspectiva de doble selección: eligen no sólo una de varias alternativas, sino que hacen esto en vista a que, a través de ello, éstas producen o impiden relaciones con otras decisiones*". La segunda, lo expuesto por la Teoría Clásica del Decidir Racional, que entiende la decisión como una relación entre *medio* y *fin*. Respecto de esta última idea, Luhmann aclara que también los fines pueden ser vistos como consecuencias de una elección y, por tanto, como decisión, con lo que dicha teoría no soluciona el problema sino que lo posterga.

### **Validez autopoética en Luhmann. Una visión a las teorías sistémicas.**

Según Luhmann, una teoría jurídica de carácter sistémico debe enfrentar, más que el problema de la funcionalidad, el de la **reducción de complejidad** de los sistemas sociales<sup>16</sup>. Esto significa que la **validez del derecho** depende de un proceso de decisión socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida válida organizada y efectuada explícitamente a través de las normas permitiendo así una reducción más eficaz de la complejidad social<sup>17</sup>.

El derecho positivo es comprendido como el derecho determinado por legislación cuya validez se deriva del hecho de que puede ser cambiado de acuerdo a sus propios procedimientos preestablecidos<sup>18</sup>. En esa línea, los desacuerdos normativos son manejados de diferentes maneras: en el legislativo son canalizados a través del conjunto difuso de argumentos encontrados, conciliados

<sup>16</sup> Pilar Jiménez Alcocer, "La adecuada complejidad del sistema jurídico: la justicia" en El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, pp. 283-293 citada por Oscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Ver Niklas Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Madrid: C.E.C., 1974; y, sobre todo, A Sociological Theory of Law, London: Routledge&Kegan Paul, 1985, citado por Oscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

en el momento de su promulgación. En el judicial, por medio de lo ya promulgado, al ser aplicado a casos específicos<sup>19</sup>.

El sistema judicial actúa para limitar el rango de derecho válido creado por el legislativo con el fin de asegurar su propia estabilidad. La legislación puede constituir un exceso de variedad sistémica, frente a lo cual la función de la revisión judicial es equilibrar ello<sup>20</sup>. La constricción jerárquica es la forma en que el nivel superior corrige el desequilibrio del inferior y se expresa en la existencia de diferentes niveles del sistema en general. La estructura normativo-jurídica de una sociedad es jerárquica en diferentes niveles. Cada nivel constriñe la complejidad del nivel anterior para mantener la estabilidad. Al mismo tiempo, cada uno emerge del nivel inferior. El sistema jurídico escoge las posibles normas que pueden ser usadas en la interacción normativa de la sociedad para estabilizarlas contrafacticamente y, gracias a ello, que no dependan del arbitrio de nadie en especial<sup>21</sup>.

El nivel más bajo del sistema lo constituyen los individuos o roles que, por supuesto, es el más expuesto a una variedad incontrolada. Para constreñir esta variedad el siguiente nivel está definido por las reglas o leyes de una comunidad jurídica. El abanico de leyes provee un sustrato normativo común a la sociedad que permite reducir el exceso de variedad. Existen dos criterios para constreñir el ejercicio de las leyes. Primero, tal constricción debe encausar las incongruencias que ponen en cuestión la administración de la ley. Segundo, la constricción debe orientarse a la aplicación de las leyes y no a su creación.

<sup>19</sup> Ver Niklas Luhmann, "Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica" en *Complejidad y Modernidad*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 31-50, citado por Oscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numa Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

<sup>20</sup> Niklas Luhmann, "Structural variation" en *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 185-193.

<sup>21</sup> Ver igualmente Norberto Bobbio, "Elaboración gradual del ordenamiento" en *Teoría General del Derecho*, Bogotá, D.C., Témis, 1997, pp. 161-165.

La revisión judicial expresa este imperativo en el derecho moderno positivo. Su principal mecanismo es el precedente legal. Este limita la interpretación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables. La revisión judicial constituye el más alto nivel de constricción del sistema legal que opera sobre la administración de las leyes para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles.

### **La temática vista desde la teoría de la justicia y el liberalismo político de J. Rawls.**

Rawls, en su obra: *La Teoría de la Justicia*, tiene como objetivo presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un superior nivel de abstracción la conocida *Teoría del Contrato Social* tal como se encuentra en Rosseau, Locke y Kant<sup>22</sup>. Para lograrlo, Rawls plantea, que no debemos pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o en una forma particular de gobierno, más bien nos da la idea de que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original.

Son precisamente estos principios los que han de regular todos los acuerdos posteriores; especificando los tipos de cooperación social que se puedan llevar a cabo y las formas de gobierno que puedan establecerse<sup>23</sup>. Para Rawls, los hombres poseen "por naturaleza" un sentido de justicia que se manifiesta en capacidades morales e intelectuales que lo distinguen como tal. El sentido de justicia es, prácticamente, sobre el que se fundamenta la dignidad de la persona, lo que hace de ella un "soberano individual", de inequívoco corte kantiano<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Rawls, John. *La Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1979. Pág. 24.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92 citando a Rawls en "Distributive Justice"

Rawls va complementando o perfeccionando su concepto de persona moral y tal como lo resume el profesor Mejía Quintana, *“la persona moral posee las calidades de un juez moral competente; será capaz de elegir los principios de la justicia en una situación ideal dada; tendrá el sentido de justicia que todo ser humano posee en condiciones sociales y psicológicas normales; será siempre considerada como un fin en sí mismo”*<sup>25</sup>.

Rawls cuando explica el fin de los principios básicos de su Teoría de la Justicia, infiere que estos buscan regular la estructura básica de la sociedad, disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados<sup>26</sup>.

### **La Justicia Política.**

Para Rawls la justicia política tiene dos aspectos, que se derivan del hecho de que una constitución justa es un caso de justicia procesal imperfecta. Al respecto dice: *“La constitución ha de ser un procedimiento justo que satisfaga los requerimientos de libertad igual; y en segundo lugar; ha de ser estructurada de manera que todos los acuerdos factibles se conviertan en sistemas de legislación justos y eficaces”*<sup>27</sup>

La concepción política de la Justicia, es entendida entonces, como un procedimiento de construcción que garantiza el logro de una sociedad justa y bien ordenada. Rawls parte de la pregunta sobre cuál es la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e

<sup>25</sup> Enrique Bonete P., *Éticas Contemporáneas*, Madrid: Técnos, 1990, pp. 89-132, citado por Oscar Mejía Quintana, “La filosofía política de John Rawls” [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>26</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, “La filosofía política de John Rawls” [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>27</sup> Rawls, John. *La Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1979. Pág. 210.

iguales, dada una cultura democrática marcada por una diversidad de doctrinas a su interior. El punto central es entonces definir el carácter que debe comportar un pluralismo razonable en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. En otras palabras, cómo es posible que perdure en el tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, divididos por doctrinas diferentes<sup>28</sup>.

La concepción política de la justicia se complementa entonces por una concepción política de persona. En la que los ciudadanos son considerados personas morales, libres e iguales<sup>29</sup>, en la medida en que son concebidos como individuos con la capacidad de poseer una concepción del bien, los cuales reclaman el derecho de ser considerados independientes, no identificados con ninguna concepción particular que incluya un esquema determinado de fines sociales<sup>30</sup>.

### **Norma Básica y Rawls.**

Para Rawls el contenido del derecho debe ser determinado, más allá de la vaciedad formal de una norma fundamental<sup>31</sup> o la alusión ambigua a un "derecho mínimo natural"<sup>32</sup>, por unos principios de justicia definidos a través de un procedimiento de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos<sup>33</sup>. Este momento que Rawls designa con el nombre de "posición original" es simplemente el consenso moral del que las

<sup>28</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>29</sup> John Rawls, *Justicia como Equidad*, Madrid: Técnos, 1986, pp. 154-170, citado por Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>30</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>31</sup> Ver Thomas Ángel, "Rawls on justice" en Norman Daniels, *Reading Rawls*, Stanford: Sanford University Press, 1989, pp. 1-15, citado por Oscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional)*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

<sup>32</sup> Ver el ilustrativo estudio de Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1991, pp. 45-76.

<sup>33</sup> Brian Barry, "La construcción rawlsiana" en *Justicia como Imparcialidad*, Barcelona: Paidós, 1997, pp. 85-97 citado por Oscar Mejía Quintana, "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional)*, Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

diferentes perspectivas ciudadanas deben partir para lograr un efectivo consenso político al interior de un congreso constituyente<sup>34</sup>.

Rawls califica a su teoría de Liberalismo Político, y lo entiende como una doctrina que pertenece a la categoría de lo político. Se desenvuelve enteramente dentro de dicho dominio y no cuenta con nada fuera de él. Concibe la Justicia como equidad, como *“el desarrollo de una concepción política liberal de la justicia para un régimen democrático tal que podría ser aceptado, por todas las doctrinas comprensivas razonables que existen en una democracia regulada por ella o por una concepción similar”*<sup>35</sup>.

Rawls distingue dos ideas diferentes de consenso. La primera idea de consenso procede de la política cotidiana donde la tarea del político es alcanzar un acuerdo. Considerando a los distintos intereses y exigencias existentes el político intenta reunir una coalición o política a la que todos, o un número suficiente, pueda dar su apoyo para ganar una mayoría. Esta idea de consenso es la idea de un entrecruzamiento que ya está presente o latente y puede estar articulada por la habilidad de los políticos al reunir intereses existentes que el político conoce estrechamente. Una idea muy diferente de consenso en el liberalismo político, la idea de lo que denomina *Consenso entrecruzado razonable* que explica la concepción política de la justicia es elaborada primero como un punto de vista independiente que se puede justificar sin considerar, o intentar ajustarse a las doctrinas comprensivas existentes<sup>36</sup>.

Plantea Rawls además, que dada una sociedad política con semejante consenso razonable, el liberalismo político sostiene que como ciudadanos de esta sociedad hemos alcanzado la más profunda y razonable base de la unidad social alcanzable para nosotros en tanto que ciudadanos de una moderna sociedad democrática.

<sup>34</sup> John Rawls, Teoría de la Justicia, México: F.C.E., 1995.

<sup>35</sup> Rawls, John. Habermas, Jürgen/ Rawls John. Debate sobre el Liberalismo Político. Editorial Paidós. Barcelona. 1998. Pág. 77

<sup>36</sup> Ibidem, Pág. 93.

Esta unidad funda estabilidad por razones rectas y las explica de la siguiente manera<sup>37</sup>:

*“La estructura básica de la sociedad es efectivamente regulada por la concepción política de la justicia más razonable.*

*Esta concepción política de la justicia está confirmada por un consenso entrecruzado formado por todas las doctrinas comprensivas razonables en la sociedad y estas están en una permanente mayoría respecto aquellos que rechazan dicha concepción.*

*Las discusiones políticas públicas, cuando se trata de los elementos constitucionales y los asuntos de justicia básica, casi siempre, son decididos sobre la base de las razones especificadas por la concepción política de la justicia más razonable, o por una familia razonable de tales concepciones”<sup>38</sup>.*

En palabras del Dr. Mejía Quintana:

*“es claro que Rawls está pensando sus principios de justicia, fruto de un procedimiento de consensualización, como el producto del consenso moral y político sobre el que debe fundarse un orden jurídico-político determinado y que, una vez establecido como tal, sufre un proceso posterior de juridización en el marco de ese Congreso Constituyente que Rawls reconoce como la segunda etapa después de la posición original”<sup>39</sup>.*

En ese sentido, los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su “contenido” procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan. Pero los principios de justicia que, como lo retomará después Dworkin, son la expresión de la moralidad

<sup>37</sup> Ibídem, Pág. 95

<sup>38</sup> Ibídem, Pág. 96

<sup>39</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación” en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

política, no son principios propiamente constitucionales ni jurídicos. Rawls los mantiene externos al ordenamiento precisamente para permitir su actualización política y moral permanente sin necesidad de acudir a reformas constitucionales ni jurídicas que atentarían contra la estabilidad de las instituciones. El consenso moral y político puede cambiar el contenido axiológico de la norma fundamental pero no el principio que plasma jurídicamente su sentido: este será el principio de igual participación que, más que de legitimidad, es ya un principio expreso de validez del ordenamiento jurídico.<sup>40</sup>

Este planteamiento, pese a los cambios radicales que constituye *Liberalismo Político*, se mantiene e, incluso, se radicaliza en esta última obra<sup>41</sup>. En efecto, allí Rawls claramente expresa que el consenso entrecruzado de las diferentes visiones omnicomprehensivas que componen una sociedad, determina los esenciales constitucionales que rigen su ordenamiento y cuyo contenido fija los términos de razonabilidad que el tribunal constitucional debe tener en cuenta para la interpretación de la Constitución. *“En otras palabras, el consenso político fija el contenido procedimental y sustantivo del ordenamiento jurídico-político que expresa la posición consensual de los diferentes sujetos políticos y eticidades sociales sobre los términos de justicia social que debe regir la sociedad entera. Es lo que Rawls llama la concepción política de la justicia que no es otra cosa que señalar que el contenido de la norma básica es el contenido del consenso político de la sociedad”*<sup>42</sup>

El liberalismo político no emplea el concepto de verdad moral aplicado a sus propios juicios políticos (siempre morales) y sostiene que los juicios políticos son razonables o irrazonables, y expone ideales políticos, principios, estándares como criterios de lo razonable.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Ibidem,

<sup>41</sup> John Rawls, *Liberalismo Político*, Barcelona: Crítica, 1996.

<sup>42</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación” en Numas Gil (compilador), *Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

<sup>43</sup> Rawls, John. Habermas, Jürgen/ Rawls John. *Debate sobre el Liberalismo Político*. Editorial Paidós. Barcelona.1998.Pág.99.

## **El pacto social: consideraciones temáticas en Hobbes, Rousseau, Locke, y Kant.**

Es importante determinar cual es el núcleo de la argumentación contractualista, para ello utilizaremos el análisis correspondiente que esboza SILVIO SALEJ HIGGINS<sup>44</sup>, quien considera que este núcleo es la afirmación rotunda de que la relación entre gobernantes y gobernados, tiene un origen convencional. En este sentido, el poder político se entiende como una relación instituida a partir de un gran acuerdo de voluntades, sea como prevención (Locke y Rousseau) o corrección (Hobbes) frente al *estado de naturaleza*. A partir de estas dos perspectivas, resultan diferencias sustantivas en relación con los límites que hacen legítima la autoridad del gobernante.

Además, es importante destacar que el contractualismo hace del poder el eje central de las relaciones sociales. Es a partir de la solución al problema de la violencia, y de las limitaciones impuestas al despotismo, que la vida social obtiene un cuerpo definido, llegando las reglas políticas a constituirse en una especie de estructura ósea del cuerpo social. Una vez realizado el pacto, existe antecendencia e imposición de las reglas instituidas sobre los individuos.<sup>45</sup>

### **Hobbes.**

HOBBS en su obra *LEVIATÁN* plantea que “*el jusnaturale, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera para la conservación de su propia naturaleza, es decir de su propia vida; y por consiguiente, para hacer*

---

<sup>44</sup>Tomado de Revista Critica del presente virtual El Catoblepas. Nº 9. Pág. 5. <http://www.nodulo.org/ec/2002/n009p05.htm>.

<sup>45</sup> *Ibidem*

*todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios mas aptos para lograr ese fin".<sup>46</sup>*

Por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten. Ley de la naturaleza es un precepto o norma general establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que pueda destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que puede quedar su vida mejor preservada. Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbra a confundir jus y lex, precisa distinguir esos términos, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia.<sup>47</sup>

De esta ley fundamental de la naturaleza, mediante la cual se ordena a los hombres que tiendan hacia la paz, se deriva esta segunda ley: que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de si mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacer con la MISMA LIBERTAD FRENTE A LOS DEMÁS HOMBRES, que les sea concedida con respeto a el mismo. En efecto, mientras uno mantenga su derecho de hacer cuanto le agrade, los hombres se encuentran en situación de guerra. Y si los demás no quieren renunciar a ese derecho como él, no existe razón para que nadie se despoje de dicha atribución, porque ellos mas bien que disponer a la paz significaría ofrecerse a si mismo como presa, a lo que no esta obligado ningún hombre.

<sup>46</sup> Hobbes citado por Monsivais S, Roberto y Zorrilla A Santiago. Dinámica Social. Sociología y Administración. Tomo II Editorial Limusa 1973. Pág. 189.

<sup>47</sup> Ibidem, Pág. 189-190,

*“Se abandona un derecho, bien sea por simple renunciación o por transferencia a otra persona. Por simple renunciación cuando el cedente no se preocupa de la persona beneficiada por su renuncia. Por transferencia cuando desea que el beneficio recaiga en una o varias personas determinadas. Cuando una persona ha abandonado o transferido su derecho por cualquiera de estos modos, dicese que esta obligado o ligado a no impedir el beneficio resultante a aquel a quien se concede o abandona el derecho. Debe aquel, y es su deber, no hacer nulo por su voluntad este acto. Si el impedimento sobreviene producese injusticia o injuria, puesto que es sine jure, ya que el derecho se renunció o transfirió anteriormente. Así que la injuria o injusticia, en las controversias terrenales, es algo semejante a lo que en las disputas de los escolásticos se llamaba absurdo.”<sup>48</sup>*

Y continúa diciendo que:

*“La mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato. Un pacto de no defenderme a mi mismo con la fuerza contra la fuerza es siempre nulo, pues tal como he manifestado anteriormente, ningún hombre puede transferir o despojarse de su derecho de protegerse a si mismo de la muerte, las lesiones o el encarcelamiento.*

*El anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho y, por consiguiente, la promesa de no resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno ni es obligación en ningún pacto.”<sup>49</sup>*

Todo esto nos lleva a ir concluyendo, siguiendo en esta materia al Dr. Mejía Quintana, que Hobbes plantea un iusnaturalismo moderno en el cual el derecho positivo depende del natural, no en cuanto a su contenido sino en cuanto a su validez. La obligación de obedecer al soberano es una obligación derivada de la ley natural, con carácter moral. En el sistema jurídico de Hobbes, el derecho

<sup>48</sup>Ibidem, Pág. 190

<sup>49</sup> Ibidem,

natural constituye la fuente de las normas primarias y el derecho positivo las derivadas. Las leyes del derecho natural no se convierten en leyes hasta que existe el Estado y el poder soberano obliga a obedecerlas<sup>50</sup>. La ley natural es superior a la positiva porque fundamenta su legitimidad y establece su obligatoriedad. Pero, al mismo tiempo, fundamenta la legitimidad y establece la obligatoriedad del ordenamiento jurídico positivo en su conjunto<sup>51</sup>.

### **Rousseau.**

ROUSSEAU, por su parte, en su obra *EL CONTRATO SOCIAL*, cuando atiende al pacto social, supone a los hombres en un punto en que los obstáculos que atentan a su conservación en el estado natural exceden a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en este estado. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiase de modo de vida<sup>52</sup>. Además plantea que

*“como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, si no solamente unir y dirigir las que ya existen, no tienen otro medio para subsistir que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda sobrepujar a la resistencia, ponerlas en juego por una sola acción y hacerlas obrar de concierto.*

*Esta suma de fuerzas no puede nacer si no del concurso de muchos; pero siendo la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación, ¿Como las combinará sin destruirlas y sin olvidar los cuidados que se debe? Esta dificultad puede en este caso enunciarse en estos términos.*

*“Hallar una forma de asociación que defienda de la toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado; y por la cual; cada uno, uniéndose a*

<sup>50</sup> Oscar Mejía Quintana, “La filosofía política de John Rawls” [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Tomado de Monsivais S, Roberto y Zorrilla A Santiago. *Dinámica Social. Sociología y Administración*. Tomo II Editorial Limusa 1973. Pág. 232

---

*todos, no obedezca, por tanto, si no a sí mismo y quede así tan libre como antes.”  
Tal es el problema fundamental de que el contrato social da la solución.”<sup>53</sup>*

## **Locke.**

LOCKE, en cambio toma como punto de partida una noción compartida por los voluntaristas: el ESTADO DE NATURALEZA, el estado pre-social, el estado pre-político. Y esto, porque Locke es profundamente individualista; y considera que incluso el acceso a la politicidad se opera como consecuencia de un acto de voluntad libre. Y los hombres - en el estado de naturaleza - viven en situación de relativa felicidad y son titulares de derechos individuales, que Locke engloba bajo el término "propiedad". El mismo aclara que en esta palabra involucra: derecho a la vida, derecho a la seguridad, derecho a las libertades individuales y el derecho a la propiedad.<sup>54</sup> Todo esto nos indica que Locke tenía una noción no-absoluta e ilimitada del derecho de propiedad, no obstante ser - como es - el padre del liberalismo.

Los hombres pues, para preservar y disfrutar mejor de estos derechos individuales, resuelven abandonar la etapa pre-social y pre-política, formulando así un contrato multilateral que es distinto al de Hobbes y al de Rosseau. Porque aquí, los hombres no se alienan, no se enajenan totalmente, no entregan la totalidad de los derechos individuales. La única atribución que los hombres entregan, es esa de repeler mediante la fuerza, la agresión ajena. Es el PODER COACTIVO, que pasará ahora a ser patrimonio del Estado que se forma en este contrato multilateral.<sup>55</sup> Hemos visto que los hombres han salido del estado de naturaleza para mejor preservar los derechos individuales.

---

<sup>53</sup> Rousseau, citado por Monsivais S, Roberto y Zorrilla A Santiago. Dinámica Social. Sociología y Administración. Tomo II, Editorial Limusa 1973. Pág. 232-233

<sup>54</sup> Locke, citado por Monsivais S, Roberto y Zorrilla A Santiago. Dinámica Social. Sociología y Administración. Tomo II, Editorial Limusa 1973. Pág. 289-290

<sup>55</sup> Ibidem, Pág. 291

Para Locke, el poder *“es un derecho a dictar leyes encaminadas a regular y preservar la propiedad, así como a emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de tales leyes y en la defensa de la República de cualquier ofensa que pueda venir del exterior; y todo ello teniendo como único fin la consecución del bien público”*<sup>56</sup>

El estado de guerra convence a los hombres para que ingresen en una “sociedad civil o política”, en donde el gobierno actuará como juez y protegerá los derechos- ya preexistentes- a la vida, la libertad y la propiedad. Su poder proviene del “consenso de los gobernados”.<sup>57</sup> Los hombres “laboriosos y razonables” ven la necesidad de una institución que imparta justicia y los lleve a realizar un contrato, ya que no está garantizado que todos cumplan, como hemos visto, con los preceptos de la ley natural y la razón.

En palabras de SABINE<sup>58</sup>, Los dos aspectos de la teoría de Locke están unidos, por la hipótesis de que un acto de al comunidad esta constituido por el acuerdo de una mayoría de sus miembros. El consentimiento mediante el cual toda persona acuerda con las demás a contribuir un cuerpo político le obliga a someterse a la mayoría. La ficción de un contrato social tiene que complementarse con la ficción ulterior del consentimiento unánime. Y el acuerdo de una mayoría es idéntico al acto de toda sociedad.<sup>59</sup>

Todas estas ideas esbozadas anteriormente en relación al pacto social, nos llevan a determinar que no es la fuerza si no la voluntad humana la base de la legitimidad de un gobierno y los valores de la libertad y la justicia que legitiman la autoridad que rige en la sociedad política, en tanto, dicha sociedad se ha creado teniendo como base la voluntad de un cierto grupo de individuos que, tácita o

<sup>56</sup> Ibidem, Pág. 291

<sup>57</sup> Ibidem, Pág. 292.

<sup>58</sup> Sabine, George H. Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. México D.F.2003.Pág.409.

<sup>59</sup> Ibidem, Pág. 293.

explícitamente, han decidido construir una sociedad a partir de un pacto mutuamente vinculante.

Las teorías del contrato social, por diferentes que puedan parecer, parten todas de la idea de que cuando alguien realiza un acuerdo contractual con otro, otorga su aprobación a los derechos y deberes que para él resultan de este acuerdo, y a partir de ello, estas teorías, buscan presentar una explicación o justificación de la existencia de las sociedades políticas, de la legitimidad del poder que de ellas surge y de la obediencia que le deben aquellos que la forman<sup>60</sup>.

En este aparte son importantes las reflexiones sobre este autor, que encontramos en los estudios del Dr. Mejía Quintana. Al efecto, es evidente, nos dice Mejía Quintana, el interés primordial de Locke de horadar el argumento justificatorio de la monarquía. El poder no puede legitimarse aduciendo ser la descendencia de Adán, sencillamente porque ésta se perdió:

*"...el conocimiento de cuál es la línea más antigua de la descendencia de Adán se perdió hace tantísimo tiempo, que en las razas de la humanidad y en las familias del mundo no queda ya ninguna que tenga preeminencia sobre otra...<sup>61</sup>", e inmediatamente lo reafirma: "... es imposible que quienes ahora gobiernan en la tierra se beneficien en modo alguno o deriven la menor traza de autoridad de lo que se considera fuente de todo poder: el dominio privado y la jurisdicción paternal de Adán<sup>62</sup>".*

Tal como lo resalta el Dr. Mejía Quintana,<sup>63</sup> Locke introduce aquí su concepto del estado de naturaleza, que modifica por completo al hobbesiano y anticipa casi en su totalidad el posterior de Rousseau. Para Locke, aquel se caracteriza por ser "un

<sup>60</sup> Ver Villa, Alejandro. Artículo publicado en el diario Voz al Mundo. JHON LOCKE Y LA IDEA DE CONTRATO SOCIAL. Sep-2007. <http://www.vozalmundo.com/index.php?id=4333>

<sup>61</sup> Locke, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Madrid: Alianza Editorial, 1990. citado por Mejía, Quintana Oscar. La Filosofía Política de John Rawls: De la Teoría de la Justicia al Liberalismo Político.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

*estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación"*, absolutamente contrario a esa condición anárquica planteada por Hobbes. En él existe una libertad absoluta, la cual se garantiza con el derecho de cada uno de castigar al ofensor, y está determinada por dos poderes o capacidades: la de preservarse a sí mismo y a otros en los límites de la Ley Natural y castigar los crímenes cometidos contra esa ley.

En este aparte nos parece importante tener en cuenta las precisiones que hace el Dr. Mejía Quintana, cuando anota que pese a las diferencias entre Locke y Hobbes, se mantiene, empero, la característica fundamental de la teoría contractual: la política como ciencia del ordenamiento jurídico. Pero aquí se produce un nuevo giro que será mantenido por Rousseau: el Estado está obligado a gobernar de acuerdo al orden jurídico positivo y ese orden, legitimado por la decisión mayoritaria, y que debe garantizar la vida, la propiedad y la libertad, no puede ser cuestionado una vez constituido por el pacto social. En Hobbes, el Estado debe garantizar la paz y la vida pues, de no hacerlo, el pueblo tiene derecho a resistirse a su ordenamiento. La validez del orden jurídico está condicionado por el cumplimiento de estos preceptos de la Ley de Naturaleza. Con Locke, estos preceptos han sido incorporados al orden jurídico pero la validez de los actos del Estado no reside en ningún factor externo a su propio ordenamiento. La ley positiva supone a la ley natural, pero una vez constituida la sociedad civil, la decisión mayoritaria es la que legitima los actos de gobierno, en ningún caso elementos ajenos al mismo.<sup>64</sup>

Como consecuencia del contrato, tal como lo explica el Dr. Mejía Quintana, cada voluntad individual es absorbida por la voluntad colectiva que no les quita la libertad sino que la garantiza. No es pues, como en Hobbes, un pacto de sumisión sino un *pactum unionis* (pacto de unión). La voluntad general no es la suma de todas las voluntades sino la renuncia de cada uno a sus propios intereses en favor

<sup>64</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

de la colectividad. Los intereses privados quedan, pues, supeditados al interés común y se elimina la oposición entre los unos y los otros, al integrarse los primeros a los segundos<sup>65</sup>.

### **Kant.**

Para Kant el contrato social debe ser una idea regulativa racional que fundamente el orden jurídico del Estado, convirtiéndose en la pauta o idea política que oriente a la sociedad civil frente a aquél.

*"He aquí un contrato originario: sólo sobre él se puede cimentar una constitución civil... fundada jurídicamente y capaz de ser alcanzada por una comunidad. No necesitamos... suponer tal contrato... como un hecho..., entendido como la coalición de cada voluntad particular y privada con la social y pública de un pueblo... Es una mera idea de la razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si éstas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiera ser ciudadano, como si hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal"*<sup>66</sup>.

Para Kant, la fuerza de la idea del contrato social reside, precisamente, en eso: en que es una idea de la razón y que, como tal, se basa en "principios racionales a priori", constituyéndose, por tanto, en una norma ordenadora de la sociedad con plena autoridad de derecho<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Emmanuel Kant, *Filosofía de la Historia*, Buenos Aires: Editorial Nova, 1964, pp. 167-168, citado Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>67</sup> Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1991, Pág. 166.

Tal como lo anota el Dr. Mejía Quintana,<sup>68</sup> Kant comprende lo peligroso que es amarrar el criterio de legitimación del orden jurídico-político positivo a un elemento tan vaporoso como es el del acuerdo mayoritario, tan volátil entonces como lo es ahora. De allí su afán por encontrar otro camino a través del cual darle una fundamentación adecuada al contrato social que le dé garantías suficientes para no caer seducido por los espejismos que las mayorías pudieran concebir con el fin de justificar cualesquiera medidas. La historia, como terriblemente aprendimos, acabó dándole la razón a Kant.

En conclusión, KANT, por su parte al referirse al contrato social reformuló la doctrina del mismo, que en la obra de ROUSSEAU aparece como una especie de mito o de fábula remota de la historia de la humanidad, para convertirla inequívocamente en un principio teórico permanente y actual de los Estados Democráticos, de tal manera que lo que con esa teoría Kant entiende es que el consentimiento y el acuerdo libre de los participantes en el contrato se debe presuponer respecto de todo estado<sup>69</sup>.

### **Constitución política como suma de los factores reales de poder en Ferdinand Lasalle.**

La obra de Ferdinand Lasalle<sup>70</sup>, que corresponde a una conferencia dictada ante una agrupación ciudadana en Berlín, en Abril de 1862, ayuda a reforzar la idea de la Hipótesis que aquí se viene defendiendo, en el sentido de que, sí la Constitución define y organiza un Orden Político, las Sentencias dictadas de conformidad con la Constitución, habrán de ser siempre políticas.

<sup>68</sup> Ver Oscar Mejía Quintana, "La filosofía política de John Rawls" [I] y [II] en J.J. Botero (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá D.C.: Unibiblos, 2005, pp. 29-92.

<sup>69</sup> Ver Hernández, Becerra Augusto. *Las ideas Políticas en la Historia*. Universidad Externado de Colombia .Bogotá. 2003. Pág.270.

<sup>70</sup> Ferdinand Lasalle, político socialista alemán, nacido el 11 de abril de 1825 en Breslau, Alemania. Fue uno de los más destacados representantes del pensamiento político socialista del Siglo XIX.

Para ello, es preciso precisar el concepto de Factores Reales de Poder, tal como lo define Lasalle, y analizar la incidencia real que los mismos tienen hoy en la dirección y desarrollo del Estado Colombiano.

En su conferencia, Ferdinand Lasalle trata de explicar el concepto, la verdadera esencia de lo que es una Constitución. Todo desde una perspectiva estrictamente científica, a pesar de ser político de profesión. Lo primero que intenta es apartarse de las definiciones meramente formales pues estas “... *no nos dicen, ni mucho menos, dónde está el concepto de toda constitución, la esencia constitucional*”<sup>71</sup>. Y continua señalando que:

*“No sirven, por tanto, para orientarnos acerca de si una determinada constitución es, y por qué, buena o mala, factible o irrealizable, duradera o inconsciente, pues para ello sería menester que empezasen por definir el concepto de Constitución. Lo primero es saber en qué consiste la verdadera esencia de una constitución, y luego se verá si la Carta constitucional determinada y concreta que examinamos se acomoda o no a esas exigencias sustanciales. Pero para esto no nos sirven de nada esas definiciones jurídicas y formalistas que se aplican por igual a toda suerte de papeles firmados por una nación o por ésta y su Rey, para proclamarlas por Constituciones, cualquiera que sea su contenido, sin penetrar para nada en él”*<sup>72</sup>.

Acto seguido Lasalle se pregunta si existe (y en que consiste), alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en un país, *que las obligue a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo?*. La respuesta a este planteamiento son Los Factores Reales de Poder que rigen en una sociedad determinada,

<sup>71</sup> LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Traducción: Richard Franky. Editorial Unión Ltda. 1ra Edición. Bogotá, Agosto del 2001. Pág. 37

<sup>72</sup> Lasalle, Op Cit. Pág. 37

definiéndolas como “*esa fuerza activa y eficaz de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son*”<sup>73</sup>.

Luego de enumerar los Factores Reales de Poder y explicarlos<sup>74</sup>, concluye señalando que en esencia, allí radica la Constitución de un país: Esta es la suma o el equilibrio de los factores reales de poder que rigen en ese país.

Dice Lasalle: “*¿Pero qué relación guardan esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución Jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre si*”. “*Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados en un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la Ley, y es castigado*”<sup>75</sup>. De esta manera, los factores reales de poder, se convierten en factores jurídicos.

La conclusión que se puede ir deduciendo de este aparte referido a Lasalle, es que sí una Constitución, se repite, refleja o reúne los factores reales de poder de una sociedad determinada, de un país, y que entre la constitución política y la constitución jurídica hay una plena identidad, entonces, la interpretación que se haga de esa constitución, necesariamente debe, y no puede ser de otra manera, reflejar ese orden, esa suma, y ese equilibrio entre los factores reales de poder que actúan, componen y organizan esa sociedad. Así las cosas, los fallos que la Corte Constitucional dicte en ejercicio del control constitucional, por ser fallos cuyo objeto de análisis y confrontación son normas constitucionales que organizan un sistema político, podrían encuadrar perfectamente en este análisis, al decir que dichos fallo serán siempre políticos, por que siempre tenderán a reflejar el orden

<sup>73</sup> Lasalle, Op Cit. Pág. 40 - 41

<sup>74</sup> Para la época, esos Factores Reales de Poder eran la Monarquía, la Aristocracia, la Burguesía, los Banqueros, la Conciencia Colectiva y la Cultura General, la Pequeña Burguesía y la Clase Obrera. Hoy deberíamos agregar, los Partidos y Movimientos Políticos, los Medios de Comunicación, el factor militar, el factor religioso, los Gremios, la Sociedad Civil, los movimientos estudiantiles, las Organizaciones No Gubernamentales, Sindicatos, los organismos internacionales de diversa índoles, especialmente aquellos referidos a la defensa de los derechos humanos, etc.

<sup>75</sup> Lasalle, Op Cit. Pág. 46-47

que la constitución ha dado a partir de los factores jurídicos, antes factores reales de poder.

### **Identidad del orden político estatal con el orden jurídico en Joseph Raz<sup>76</sup>.**

Joseph Raz, israelí de nacimiento, se constituye en uno de los filósofos del derecho, de la ciencia política, y de la eticidad más sobresaliente del siglo XX. Maestro de Filosofía del Derecho en el Instituto Balliol de Oxford y la Escuela de Derecho de Columbia, es actualmente un férreo defensor del Iuspositivismo como Teoría de los sistemas jurídicos.

Raz, en su tarea de hallar un criterio de identidad de un orden jurídico, plantea que este debe enmarcarse en la relación entre Derecho y Estado. Citado por Josep M. Vilajosana, Raz afirma que *“todo Estado tiene un orden jurídico que constituye el derecho del Estado. Puesto que la identidad del Orden Jurídico está vinculada con la del Estado, cuyo derecho constituye, la relación entre Derecho y Estado necesariamente afecta al aspecto del alcance o extensión”*.<sup>77</sup>

Sigue diciendo Vilajosana que:

*“hay que aclarar en qué sentido emplea aquí Raz el término –Estado-. No lo usa para designar una cierta persona jurídica a la que el derecho le reconoce ciertos derechos y deberes, y que actúa a través de ciertos órganos. Más que un concepto jurídico, es “un concepto político de Estado, como una forma de sistema Político<sup>78</sup>” (...).<sup>79</sup>“*

*“A partir de ahí la concepción de Raz es como sigue. Un Estado es la organización política de una sociedad, esto es, un sistema político que constituye un subsistema de un sistema social más amplio. El sistema social contiene otros*

<sup>76</sup> Autor, entre otras obras de: *El concepto de sistema jurídico*, Ed. UNAM, México, 1986

<sup>77</sup> VILAJOSANA, Josep M. El Significado Político del Derecho. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N° 52. Distribuciones Fontamara S.A. 1ra Edición, México, 1997 Pág. 125

<sup>78</sup> VILAJOSANA, Op Cit. Pág. 126

<sup>79</sup> VILAJOSANA, Op Cit. Pág. 126. Aquí se cita la vez a Raz., J. “La identidad de los Ordenes Jurídicos”, cit, Pág. 130 Nota 34.

*subsistemas y el sistema político esta en interacción con parte de ellos. El sistema social y el político son sistemas normativos, en el sentido de que, al menos, parte de los patrones de interrelaciones que constituyen estos sistemas es gobernado por normas<sup>80</sup>.*

*“El sistema jurídico es solo parte de las normas que constituyen el Sistema Político; la mayoría de los sistemas políticos contienen muchas normas no jurídicas. Estas normas políticas<sup>81</sup> no jurídicas pueden ser de aplicación general a toda la sociedad (...), o tener un alcance mas limitado (como son las llamadas por Dicey “Convenciones Constitucionales”)<sup>82</sup>”*

Analizando la posición de Raz, y entendiendo que las convenciones (normas de la Carta Magna) constitucionales, guardan íntima conexidad con el sistema político, al punto de decirse que no son normas jurídicas sino políticas, es claro entonces la identidad entre el Sistema Político y la Constitución. Así las cosas, nuevamente la tesis de Raz cabe perfectamente en la hipótesis que se viene confrontando: No se puede interpretar con criterios de norma jurídica a las normas que informan o componen el Orden Constitucional, pues estas normas constitucionales no responden a esas interpretaciones en esos términos. Son normas Políticas antes que todo.

### **La interpretación en Hart y su aplicabilidad a la temática en estudio.**

HERBET L. HART, autor de la ya famosa obra El Concepto del Derecho, explica que el Derecho es intrínsecamente indeterminado por lo que su lenguaje es de *“textura abierta”<sup>83</sup>*. Esta textura abierta implica también una indeterminación semántica, ya que las leyes usan vocablos generales (mucho extensión y poca

<sup>80</sup> VILAJOSANA, Op Cit. Pág. 126

<sup>81</sup> Según Raz, “puede decirse que las normas políticas son parte del Derecho si se encuentran apoyadas por las autoridades políticas y pueden ser aplicadas por las instituciones autoritativas de aplicación de normas” (“Entrevista con Joseph Raz” a cargo de Ruiz Manero, DOXA, 9, 1991, Pág. 337).

<sup>82</sup> VILAJOSANA, Op Cit. Pág. 126. Ver notas al pie de Página de esta obra citada.

<sup>83</sup> HART H. L. A, *The Concept of Law*, traducción de Carrió. 2a ed. Pág. 159

comprensión), por ello todas las palabras necesitan ser interpretadas, al señalarles una connotación semántica le estamos señalando una comprensión lógica. Por consiguiente TODA LEY NECESITA DE INTERPRETACIÓN EN EL PLANO LINGÜÍSTICO Y EN EL PLANO LÓGICO. Esclarecedor resulta el caso de la norma que prohíbe el uso de vehículos en el parque ¿quiere decir esto que los niños no pueden jugar con bicicletas? ¿ se refiere a vehículos de motor solamente?. Este proceso interpretativo es llevado a cabo por el juez en el caso concreto. En tratándose de las normas constitucionales, por el Juez Constitucional – Corte Constitucional -.

A partir del problema planteado, HART propone cómo debe ser la interpretación en el derecho; al respecto él parte de las siguientes consideraciones:

- 1) El derecho es un conjunto de reglas dotadas de coacción.
- 2) Las reglas pueden ser escritas o consuetudinarias ( sistema de *Common Law* )
- 3) Las reglas consuetudinarias pueden perder vigencia en el tiempo.
- 4) Establece una regla primaria y regla secundaria<sup>84</sup>.

Con base en lo anterior HART sostiene que todo proceso interpretativo debe comenzar por la operación deductiva del intérprete u operador jurídico tendiente a establecer cuál es la regla legal, vigente y aplicable, máxime que el sistema anglosajón es consuetudinario; luego tiene que proceder a determinar los alcances semánticos y conceptuales de la regla, para cuyo efecto debe emplear lo que él

---

<sup>84</sup> En este sentido la propuesta de HART consiste en considerar al Derecho compuesto por diversos tipos de normas. Diversidad ésta que le lleva a distinguir entre normas *primarias* y *secundarias*. Por normas primarias, HART entiende aquellas que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas cosas, lo quieran o no. Se trata por tanto de normas que imponen deberes. Las que denomina secundarias, lo son, porque dependen en cierto sentido, de las primarias, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Su función radica en conferir potestades que pueden ser públicas o privadas. Estas últimas ofrecen a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, ya que les otorgan poder para crear estructuras de derechos y deberes al amparo del marco coactivo general que ofrece el derecho. HART, *Op Cit*, pág 101, citado por PIETRO Luis y otros, *Lecciones sobre Teoría del Derecho*; Ed McGraw Hill. Madrid. Pág 139. 1997.

llama “*Regla de Reconocimiento*”, entendiéndola a esta como una práctica general de un sistema judicial que consiste en que de antemano el juez ha plasmado una serie de criterios que hacen el papel de marco de referencia para interpretar las reglas del derecho. HART al respecto dice lo siguiente:

*“...la Regla de Reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.”*<sup>85</sup>

Obsérvese que el proceso interpretativo es metajurídico, ya que los criterios para establecer la “*Regla de Reconocimiento*” no los proporciona el derecho mismo, los mismos los da la práctica. Ya los pretores romanos habían usado esta técnica cuando elaboraron las reglas pretorianas de interpretación, por ejemplo el criterio que dice que entre una norma general y una particular sobre el mismo asunto, se prefiere la particular; esto no está escrito en ninguna parte, de allí que HART diga que tales criterios son “una cuestión de hecho”.

Todo este entramado teórico relativo a la Regla de Reconocimiento como centro de validez constituye un sistema jurídico; se asemeja a la regla de tanteo de un juego. Por ejemplo en un juego de fútbol, la regla que define actividades que modifican el marcador (goles) rara vez es formulada, es más bien usada por el árbitro y los jugadores.<sup>86</sup> Lo anterior lleva a HART a decir lo siguiente:

*“la Regla de Reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los*

<sup>85</sup> HART, *Op Cit*, pag 137.

<sup>86</sup> *Op cit* pag 127.

---

*enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho*<sup>87</sup>

El ejercicio en HART, de dotar de contenido a las reglas o normas, en este caso, de carácter constitucional, implica apelar a datos que no los proporciona el mismo sistema jurídico, sino que toca indagarlos en otros sistemas, como en las relaciones políticas, axiológicas, valorativas, que inspiran esa sociedad, y que el Juez reconoce como cuestiones de hecho social y consuetudinariamente aceptadas. Eso implica que dichas interpretaciones (por lo general contenidas en los fallos de las altas cortes), tenga una fuerte carga política, axiológica y sociológica, más que estrictamente jurídica.

### **La legitimidad de la jurisprudencia constitucional y otras consideraciones del tema en la teoría de J. Habermas.**

La Obra “Facticidad y Validez<sup>88</sup>” de Jürgen Habermas constituye un elemento teórico fundamental que orienta en el esclarecimiento de la Hipótesis y su comprobación. Vale anotar que Habermas pretende dilucidar sobre el papel de la Jurisdicción Constitucional en la División de Poderes dentro de un Estado Moderno. Para ello, Habermas toma como modelos de referencia los Tribunales Constitucionales de Alemania y EEUU, para analizar las controversias que generan su posición en el edificio de competencias del Orden Constitucional y la Legitimidad de sus decisiones.

El caso del Tribunal Constitucional Alemán es realmente significativo por la semejanza de las competencias del mismo a la Corte Constitucional Colombiana. Dice Habermas en la obra antes citada que, refiriéndose al Tribunal Alemán, se pueden distinguir tres ámbitos de competencias: Los conflictos entre Órganos

---

<sup>87</sup> Ibid, pag 139.

<sup>88</sup> HABERMAS, Jürgen. FACTICIDAD Y VALIDEZ. SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN TÉRMINOS DE TEORÍA DEL DISCURSO. Editorial Trotta. ISBN: 8481641510. ISBN-13: 9788481641516 4ª 2005 edición (2001).

Estatales, El Control de Constitucionalidad de las Normas Jurídicas (especialmente las Leyes), y los Recursos de Amparo. En Colombia, para hacer el paralelo, es fundamental recordar que la Corte a través de sus Providencias, ejercita las siguientes competencias, al tenor del Art. 241 de la Carta Magna: Decidir de modo definitivo, con fuerza de Cosa Juzgada Constitucional, los casos o asuntos Planteados, según la clase de acción o control constitucional, a saber: Acción de Tutela.: Revisión de las Tutelas seleccionadas, que se asemeja al Recurso de Amparo en Alemania.; Control de Acción.: Frente a las Demandas de Inconstitucionalidad de leyes.; Control Previo.: Referidos a Objeciones a Proyectos de Ley y sobre Proyectos que acogen Tratados Internacionales, así como de las Leyes Estatutarias.; Control Oficioso.: Referente a los Decretos que se dictan bajo las Figura de los Estados de Excepción.

Habermas anota el conflicto que surge entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo en el caso del Control Abstracto de las Leyes. Dice que *“Aquí queda sometida a la comprobación y revisión judicial la cuestión de si una Ley aprobada por el Parlamento es conforme a la constitución y por lo menos no contradice un desarrollo consecuente del sistema de derechos<sup>89</sup>”*. No debería ser una competencia del Tribunal constitucional por encima del legislador legitimado el determinar la constitucionalidad de una Ley o No, sostiene Habermas en este aparte. Así las cosas, el problema lo ubica Habermas en que el Control de Constitucionalidad de las Leyes, considerando entonces que esta forma de control constitucional afecta la división de poderes en un Estado de Derecho. En nuestra introducción a este ensayo mencionábamos, siguiendo al Dr Mejía, que la Corte ha asumido una tarea de mediante la cual *“...ha posibilitado la materialización de los derechos contenidos en nuestra Carta Política, con lo cual es hoy vista por un gran sector de la población como el único ente estatal que*

<sup>89</sup> Habermas, J. Op. Cit. Pág. 313-314

puede satisfacer las demandas de la sociedad, especialmente de las capas más desprotegidas<sup>90</sup>". El mismo Dr. Mejía sostiene en su análisis que:

*"En ambos casos, el estado democrático de derecho, para garantizar la integración efectiva de la sociedad, tiene que cuidarse de una excesiva **materialización de los derechos** que, ante la imposibilidad de cumplir, lo deslegitime por no poder manejar la complejidad generada por el mismo (Luhmann) o acudir a una racionalidad discursivo-procedimental de la soberanía popular (Habermas) que, en la figura del tribunal constitucional, adopte frente a los conflictos una perspectiva deontológica.*

*Habermas critica, retomando la perspectiva deontológica de Dworkin de la "respuesta correcta", la **metodología** del Tribunal Constitucional alemán que tiene en la "teoría de la ponderación" y la "solución del caso concreto" sus principales fundamentos<sup>91</sup>. Para Habermas, esta metodología del tribunal constitucional origina que sus decisiones no sean "justas para todos" sino "buenas para algunos", en la medida en que los bienes colectivos en tanto bienes individuales son traducidos a principios jurídicos (como derechos fundamentales) que, al ser ponderados, inclinan al tribunal constitucional a priorizar realmente una concepción de vida buena sobre otras, impidiendo que su decisión sea reconocida como justa y, por tanto, legítima por el resto de sujetos colectivos que componen la sociedad<sup>92</sup>".*

Habermas considera que *"El Tribunal Constitucional Alemán entiende la Grundgesetz ( La Constitución) de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino, recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores (del tipo de las de Max Scheler o Nicolai*

<sup>90</sup> Oscar Mejía Quintana y Natalia Andrea Guzmán, "La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica" en **Pensamiento Jurídico** (No.15), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2002. Introducción Pág. 1 – 2.

<sup>91</sup> Ver Robert Alexy, "Teoría de la Ponderación" en Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid: C.E.C., 1993, pp. 157-172.

<sup>92</sup> Oscar Mejía Quintana y Natalia Andrea Guzmán, "La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica" en **Pensamiento Jurídico** (No.15), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2002. Introducción Pág. 1 – 2

Hartmann) como un orden concreto de valores<sup>93</sup>". Algo similar ocurre en Colombia, donde la misma Corte Constitucional ha considerado que la carta del 91 "consagra un conjunto de valores y principios materiales que apuntan a la conformación de un orden social justo, según se desprende del preámbulo, de los principios fundamentales y de la carta de derechos<sup>94</sup>". Nótese que, tal como lo advirtieron R. Alexi y Habermas, se da una conversión de principios normativos en valores, esto es, como mandatos de optimización, que sería a nuestro juicio la puerta de entrada de considerar que, como consecuencia de la labor judicial de las altas cortes de interpretar la constitución, ya no se estaría interpretando esta como un catalogo de normas y principios, sino como un catalogo de valores, lo que implica ponerse a la par del mismo lugar y función de Legislador. En la Obra de Habermas se encuentra una clara distinción entre Principios y Valores, así:

*"Los Principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores en cambio un sentido teleológico. Las normas validas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin. Las normas se presentan como una pretensión binaria de validez, y son, o bien validas, o bien no validas; frente a los enunciados normativos, al igual que frente a los enunciados asertóricos, solo podemos tomar postura con un <si> o un <no>, o absteniéndonos de juzgar. En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentamiento a los enunciados valorativos consientan grados. La Validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos por igual. La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a*

<sup>93</sup> Habermas, J. Op. Cit. Pág. 327

<sup>94</sup> A manera de ejemplo, téngase la Sentencia C-104 de Marzo 11 de 1993. Corte Constitucional.

*la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen que es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí). Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema. Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida en que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas<sup>95</sup>.*

Así, Habermas distingue entonces las Normas, de los Valores, bien por el carácter Deontológico del primero, y Axiológico del segundo. Bien, por su pretensión de validez binaria del primero, y gradual del segundo. Bien, por su carácter vinculante absoluto del primero, y relativo del segundo, y por último, por los criterios a los que satisfacen los Sistemas de Normas, distintos a los de Sistemas de Valores. Por ello, en la aplicación y práctica de la interpretación judicial constitucional, no es lo mismo trabajar con Principios Normativos, normas, que trabajar con Valores. Por lo tanto, *“..en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan papeles distintos en lo tocante a la Lógica de la argumentación<sup>96</sup>”*.

Se podría interpretar toda la postura de Habermas en entender que al Legislador le corresponde todas las consideraciones axiológicas al momento de producir la Ley, mientras que a los tribunales constitucionales les corresponde en un segundo momento, solo consideraciones deontológicas, pues debe entender que la Ley ya creada viene racionalizada previamente por el Legislador, que es a quien le corresponde decidir qué es lo bueno para todos. La obra es importante porque introduce que esta tensión se podría resolver a partir de revisar el Modelo de la Democracia deliberativa, y el Paradigma Discursivo Procedimental que recoja el contenido normativo de la soberanía popular. *“Solo las condiciones*

<sup>95</sup> Habermas, J. Op. Cit. Pág. 328

<sup>96</sup> Habermas, J. Op. Cit. Pág. 330

*procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido<sup>97</sup>* decía Habermas.

En este respecto, el Dr. Mejía Quintana realiza un minucioso análisis de El Modelo de Democracia Deliberativa, para terminar concluyendo que

*“De lo anterior se deriva el papel mediador que Habermas confiere al Tribunal Constitucional en las sociedades complejas como **hermenéuta político-jurídico** de esa soberanía popular activa y plural y su deber imperativo de conciliar la tensión entre hechos y normas desde una perspectiva que garantice la más amplia participación de los afectados en los procedimientos democráticos. Esto supone, precisamente, que el tribunal asuma, como paradigma de adjudicación constitucional, el discursivo-procedimental que Habermas propone como el más adecuado.*

*Todo esto conlleva, según Habermas, a que el juez constitucional deje de escudarse en una supuesta "neutralidad legal" de su lectura de la constitución y acepte que sus decisiones "en derecho" son decisiones políticas, inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas sino asumiendo un modelo de democracia deliberativa que, tomando como Norma Fundamental el Principio Discursivo y erigiendo como su alter ego a la opinión pública, asegure para todos los sujetos colectivos iguales procedimientos de deliberación<sup>98</sup>”*

### **Algunas consideraciones finales.**

Todo lo aquí analizado nos permite observar con más claridad la problemática inicial planteada. La duda sobre el verdadero valor de las decisiones judiciales constitucionales, que ha dado paso a los choques de trenes, las acusaciones de

<sup>97</sup> Habermas, J. Op. Cit. Pág. 336

<sup>98</sup> Oscar Mejía Quintana y Natalia Andrea Guzmán, “La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica” en Pensamiento Jurídico (No.15), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2002.

considerar a la Corte Constitucional como una entidad desbordada en sus competencias, que asume funciones co - legisladoras y co -ejecutivas, implica revisar profundamente a la luz de la filosofía del derecho y otras áreas de estudio, la naturaleza de las sentencias constitucionales.

Ya desde el primer ensayo, dejamos claro que sin dejar de lado el concepto de Política, entendida esta como una actividad del hombre en sociedad que busca un orden justo por medio de leyes que tengan que realizar la justicia por medio del arte de Gobierno, es necesario adentrarse en algo más relevante, como es el determinar la naturaleza de ser de la norma constitucional, y así, precisar si a partir de esa naturaleza de ser (política o jurídica), cuando es objeto de interpretación por quien tenga la función constitucional de hacerlo como máximo órgano de control, traería como resultado un fallo o sentencia de naturaleza jurídica o política

Desde que León Duguit abordará el estudio de la Política desde la perspectiva de la Sociología de Comte, a principios del siglo XIX, se entiende que la Política es antes que un orden, la lucha previa de los sujetos políticos de una sociedad para controlar el poder. El Orden político es en consecuencia, el equilibrio de fuerzas de dichos sujetos llamados por él "factores reales de Poder", lo cual permite expedir las normas reguladoras del orden en cuestión. Todos estos factores reales de poder se ven reflejados y actuantes en el Constituyente primario, al influir decisivamente en el mismo. Así las cosas, no puede interpretarse la constitución sin moverse en el terreno del ámbito de lo político. La práctica desde la Constitución de 1991 nos enseña que el Juez Constitucional ahora es un Juez Político, no solo por la materia de la Constitución sino por el poder que significa interpretar normas de texto abierto de carácter constitucional. La Jurisprudencia Constitucional es la que le da el contenido y el alcance a las normas, por lo que forma un solo cuerpo con ella, siendo entonces la Constitución lo que el Juez Constitucional diga que es.

Lo anterior, sumado al hecho de considerar a la Constitución como un Orden Político, está el hecho de considerar a la Norma Constitucional como un Valor en sí, especialmente bajo el modelo de Estado Social de Derecho, coexistiendo con el Modelo de Constitución Económica Liberal. La Corte, desde sus orígenes dio a la Constitución un valor axiológico por encima de lo jurídicamente formal allí establecido. Desde la Sentencia C-104 de 1993, ya la corte sostenía que:

*“Un ordenamiento jurídico en un Estado de derecho se caracteriza materialmente por la consagración de un orden social justo y formalmente, al sentir de Kelsen, por su estructura jerárquica.*

*A la manera de una pirámide, en la cúspide se encuentra la Constitución, más abajo las leyes y demás actos constitutivos del ordenamiento jurídico.*

*La Constitución, como norma fundamental, tiene una jerarquía cualitativa, como se anotó anteriormente. Ella consagra un conjunto de valores y principios materiales que irradian el resto del ordenamiento jurídico. Existe por tanto un sistema de valores y principios que implica que una norma cualquiera no debe ser analizada de manera aislada sino como haciendo parte de un ordenamiento jerárquico y armonioso.*

*La jerarquía implica, además, unidad. Si una norma jerárquicamente inferior desconoce una norma superior, ella es susceptible de desaparecer del mundo jurídico, mediante las acciones de constitucionalidad o de nulidad -es derecho positivo válido anulable-, o bien es susceptible de ser inaplicada.*

*La norma jerárquicamente superior es la Constitución, según el artículo 4° de la Carta, que la define como "norma de normas". Como anota García de Enterría, "la*

*Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución".<sup>99</sup>*

*Se exige pues, para que una norma sea aplicada, que formalmente haya sido expedida de manera regular, y **que materialmente ella sea conforme con los contenidos axiológicos de la Constitución.***

*En otras palabras, una norma debe reunir una doble exigencia formal y material para ser aplicada. El primer requisito se relaciona con la validez formal; el segundo con la validez material.*

*Le corresponde al operador jurídico, entonces, apreciar ambos elementos al momento de aplicar una norma jurídica. Ahora bien, en el caso de los jueces, según el artículo 228 de la Constitución, **ellos son independientes para apreciar tales elemento.**<sup>100</sup>"*

Igualmente, encontramos la sentencia de Tutela T-406 de 1992, que señala la constitución como un catalogo de valores y principios constitucionales. Los valores, entiende la corte, se vuelven pautas para interpretar y aplicar el derecho por parte de Juez Constitucional. Dicha sentencia establece que:

*"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.***

<sup>99</sup>García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. tomo I. Cuarta edición. ed. Civitas. Madrid, 1988. pag 100

<sup>100</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-104 del 11 de Marzo de 1991. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución.

También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos

y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto<sup>101</sup>”.

La misma sentencia, de manera lapidaria y categórica, deja claro el Papel Político que juega la Jurisdicción Constitucional, especialmente en una Democracia como la nuestra. Estima que:

*“...el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del **control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos.** Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo<sup>102</sup>”.*

Esto último implica que el Juez Constitucional se vuelva un agente efectivo de la democracia y del Estado Social de Derecho, no para declararla, sino para hacerla tangible y vivida en el aquí y en el ahora. De allí que sus sentencias no se queden en el mero plano de lo Jurídico, sino que trascienden de este sistema de lo legal/ilegal – constitucional/inconstitucional (como una consideración meramente formal o jurídica), a otras subsistemas donde se evalué la sentencia en otros

<sup>101</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de Junio 5 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

<sup>102</sup> Ibidem.

términos de lo bueno, lo justo, lo políticamente correcto o no, lo adecuado o conveniente socialmente, lo pragmático, etc.

## **CONCLUSIONES**

Nuestro planteamiento problemático encuentra su respuesta en considerar que efectivamente, si estamos frente a una nueva manera de vivir el Derecho, especialmente el del rango Constitucional, donde las Sentencias son consideradas verdaderas Decisiones Políticas, que asumen la tarea de interpretar y decidir, con carácter vinculante, cual es la Lógica de Juicios de Valor que guían nuestra sociedad, y que fue producto de una Rehabilitación de la Razón Práctica, que el Soberano – constituyente primario - a impregnado en su constitución, lo que genera que dichas sentencias posean una fuerte carga material axiológica y política.

No en vano, la manera como el Juez justifique su decisión, es lo que definirá el sentido y el alcance de la Carta Política, y ello, más que implicaciones en el campo de lo jurídico, tendrá fuerte impacto, en el campo de lo político y lo social. De allí la importancia de continuar con esta temática y ahondar aun mas, en lo que la teoría política y la teoría del derecho plantean para dar luces que nos ayuden a esclarecer la hipótesis de trabajo que en este ensayo se ha esbozado.

Para el efecto, encontramos validada la Hipótesis, de que toda Constitución no es más que una positivización del ordenamiento político de una sociedad, sus tradiciones, y sus valores producto del consenso racional, por lo que toda Sentencia de índole constitucional siempre habrá de ser política y axiológica; el nivel de coherencia interna de un fallo constitucional viene dado por la concepción que del poder constituyente se tenga. Así las cosas, sí la Constitución define y organiza un Orden Político y representa toda una Lógica de Valores y Principios jerarquizados, entonces las Sentencias dictadas de conformidad con el Art. 241 de

la Constitución, habrán de ser casi siempre Sentencias axiológicas, con una profunda carga Política, antes que jurídicas o formales. Compartimos en ese sentido la opinión del Dr. Mejía, de que se reconozca que en lo que va corrido de nuestra nueva constitución, los fallos producidos por la Corte en temas sensibles para el Estado y la Sociedad, han sido decisiones más que Jurídicas, verdaderas posturas políticas inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas sino asumiendo un modelo de democracia deliberativa.

Eso no implica que se haya tomado una posición a favor o en contra de ese supuesto de Sentencias de Constitucionalidad como Decisiones Políticas. Creemos que la reflexión aun tiene bastante para analizar. Y en tal sentido, esperamos que este ensayo, nos sirva como punto de partida para adentrarse aun más en los problemas iusfilosoficos que se derivan de la interpretación del texto constitucional, en el marco de una sociedad democrática como la nuestra. Para terminar, resultan valiosas y oportunas las palabras expresadas por la Dra. Ilva Myriam Hoyos Castañeda, en la sesión extraordinaria del Colegio Máximo de las Academias, reunido en la sede de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en Bogotá, el 16 de Junio del 2005.

“En materia constitucional, las decisiones judiciales cobran mayor importancia, como se ha insinuado, por la sola razón de que en ellas aparece de modo más inmediato una expresa referencia a asuntos estructurales del régimen político y, especialmente, de los derechos fundamentales de las personas. Como fuente positiva superior dentro de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución se sitúa, por así decirlo, en un plano de referencia obligada para todo operador jurídico, y, en esa medida, los elementos que hacen parte del orden jurídico convergen, con mayor o menor rigor, en ella. Esto no significa, como se ha insinuado también, que no exista en las restantes áreas del derecho la necesidad de actuar en justicia para decidir los casos concretos. La observancia estricta del ius litigioso y las

exigencias de la justicia y del orden comunitario (la búsqueda incansable de una parte del bien común) son esenciales a todo fallo judicial, cualquiera que sea. Sin embargo, en materia constitucional esta exigencia se acrecienta, pues cuando un juez constitucional determina lo debido dentro de un proceso está, de alguna manera, confrontando o actualizando el ideal del Estado expresado en las normas constitucionales. Por sí, el juez constitucional aparece en escena como el intérprete más autorizado para determinar el sentir político y jurídico del poder constituyente, hecho que lo convierte en un funcionario de la más alta responsabilidad, aunque también, por este solo hecho, en el funcionario más susceptible de ser confrontado públicamente como consecuencia de las interpretaciones jurídicas que realiza.

Sea como fuere, los casos constitucionales nos competen a todos. A través de los fallos de tutela o como consecuencia del control de constitucionalidad, la justicia constitucional tiene el propósito de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y posibilitar la delimitación y el encauce legítimo del poder del Estado, y sus efectos se insertan de lleno en la vida ordinaria de las personas concretas: para su bien o para su mal, los jueces constitucionales tienen la facultad (tienen la especial relevancia, tanto o más que otros jueces) de afectar la propia convivencia y el transcurrir de la sociedad en general<sup>103</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Brian Barry, “La construcción rawlsiana” en Justicia como Imparcialidad, Barcelona: Paidós, 1998.

---

<sup>103</sup> Tomado de la Pagina Web de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el 04 de Abril del 2008, en el siguiente enlace: [http://acj.org.co/activ\\_acad.php?mod=colegio%20maximo%202005](http://acj.org.co/activ_acad.php?mod=colegio%20maximo%202005)

---

Norberto Bobbio, “Elaboración gradual del ordenamiento” en Teoría General del Derecho, Bogotá, D.C., Témis, 1997, pp. 161-165.

Enriqu Bonete P., Éticas Contemporáneas, Madrid: Técnos, 1990

Ignacio de Otto, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.

Manuel José Cepeda (coordinador), Derecho Constitucional. Perspectivas Críticas, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1.999

Eusebio Fernández, Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Madrid: Editorial Debate, 1991.

Hernández, Becerra Augusto. Las ideas Políticas en la Historia. Universidad Externado de Colombia .Bogotá. 2003.

Salomón Kalmanovitz, ¿Despotismo Nuevo? en Lecturas Dominicales, Diario del Tiempo, Diciembre 10 de 2.000.

LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Traducción: Richard Franky. Editorial Unión Ltda. 1ra Edición. Bogota, Agosto del 2001.

Luhmann, Niklas, “Die soziologische Beobachtung des Rechts”, *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Recthstheorie und Rechtssziologie* 3; Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986.

Luhmann Niklas, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Madrid: C.E.C., 1974;

Oscar Mejía Quintana y Natalia Andrea Guzmán, “La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica” en **Pensamiento Jurídico** (No.15), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional), 2002

Monsivais S, Roberto y Zorrilla A Santiago. *Dinámica Social. Sociología y Administración*. Tomo II Editorial Limusa 1973.

Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

Niklas Luhmann, “Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica” en Complejidad y Modernidad, Madrid: Trotta, 1998

Niklas Luhmann, “Structural variation” en A Sociological Theory of Law, London: Routledge & Kegan Paul, 1985.

Olano Valderrama, Carlos Alberto; Olano García, Hernán Alejandro. *Derecho constitucional general e instituciones políticas –Estado social de derecho*. 3 edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

Pérez Luño, A. E., *“El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho”*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

Rawls, John. *La Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1979.

John Rawls, *Liberalismo Político*, Barcelona: Crítica, 1996.



---

Rawls, John. Habermas, Jürgen/ Rawls John. Debate sobre el Liberalismo Político. Editorial Paidós. Barcelona.1998.Pág.99.

Rodrigo Uprimny, Justicia Constitucional, Derechos Sociales y Economía: Un Análisis Teórico y una Discusión de las Sentencias de UPAC (1ª parte), en Revista Pensamiento Jurídico (No.13), Bogotá: Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2.000.

Villa, Alejandro. Artículo publicado en el diario Voz al Mundo. JHON LOCKE Y LA IDEA DE CONTRATO SOCIAL. Sep-2007.  
<http://www.vozalmundo.com/index.php?id=4333>

---