

LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y GOBIERNO DE LOS JUECES

Entre la Política, la Democracia y el Derecho



Autores coordinadores

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Carlos Mauricio Archila Guio

David Israel Lemus Orta



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA



 **SELLO EDITORIAL**
CORUNIAMERICANA

**LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN
JUDICIAL Y GOBIERNO DE LOS JUECES.
ENTRE LA POLÍTICA, LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO**

Autores Coordinadores

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Carlos Mauricio Archila Guio

David Israel Lemus Orta

Autores

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Carlos Archila Guio

David Israel Lemus Orta

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Jesús Gabriel Martínez Álvarez

Carlos Sánchez Hernández

Edwin Hernando Alonso Niño

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces: entre la Política, la Democracia y el Derecho/
Diego Mauricio Higuera Jiménez... [et al.]. -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2018.

109 p. ; 17x24 cm.
ISBN: 958-5512-16-0

1. Las posiciones ante la crisis de la representación --Derechos de los civiles - Colombia -- Investigación 2.
La crisis histórica y política de la idea de la representación burguesa: el problema de los partidos políticos
3. Una cuestión metodológica -- Corporación Universitaria Americana. I. Higuera Jiménez, Diego Mauricio
II. Martínez Álvarez, Jesús Gabriel III. Sánchez Hernández, Carlos IV Alonso Niño, Edwin Hernando

321.4 L514 2018 cd 21 ed.
Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 958-5512-16-0

LEGITIMIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y GOBIERNO DE LOS JUECES. ENTRE LA POLÍTICA, LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO

Autores Coordinadores:

© **Diego Mauricio Higuera Jiménez**, © **Carlos Mauricio Archila Guio**, © **David Israel Lemus Orta**

Autores:

© **Diego Mauricio Higuera Jiménez**, © **Carlos Archila Guio**, © **David Israel Lemus Orta**

© **Jesús Gabriel Martínez Álvarez**, © **Carlos Sánchez Hernández**, © **Edwin Hernando Alonso Niño**

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

Imagen portada: Freepik.com

Corrección de estilo: Eva Luna Contreras Mariño

1a edición: 11 de diciembre de 2018

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

Pares Evaluadores

Ph.D Helena Morales Ortega
Universidad Autonoma del Caribe

Ph.D. Fabio Ivan Rey Navas
Universidad de Salamanca

Comité Científico

Andrés Rodríguez Gutiérrez
Ph.D. Derecho Administrativo,
Université Montesquieu Bordeaux IV

Deiby Sáenz Corredor
Phd. Derecho Público, Universidad Santo Tomás

Felipe Garavito Rincón
Mg. Derecho Penal, Universidad Santo Tomás

Fernando Tovar Uricoechea
Mg, Derecho Constitucional,
Universidad Internacional Menéndez Pelayo

**COLECCIÓN DIGNIDAD Y PAZ V.
SEMILLERO VERITAS EST FONT LIBERTATIS**

Contenido

Prólogo	7
Autoridad democrática y política del juez constitucional: reflexiones sobre el llamado gobierno de los jueces.....	9
<i>Diego Mauricio Higuera Jiménez</i>	
Aproximaciones a la fundamentación a la legitimidad política de la decisión judicial	52
<i>Gabriel Jesús Martínez</i>	
La moral en el derecho, perspectiva para el desarrollo empresarial.....	70
<i>Christian David Barajas Gallo, Juan Pablo Rincón Camacho</i>	
From the unfinished construction to the colombian state cooption. An institutional crisis as an <i>Apartheid</i> paradigm.....	84
<i>Edwin Hernando Alonso-Niño</i>	

El derecho es lucha, conflicto, choque, pero no necesariamente confrontación, me explico. Todo lo que hacemos en esta profesión es luchar con algo, la ignorancia en primer lugar, la incertidumbre de la verdad, la posibilidad de otras versiones, ni que decir de otros poderes y otros intereses.

La justicia en Colombia ha enfrentado presiones internas desde la institucionalidad, el ejecutivo y el legislativo en varias ocasiones han presionado ilegítimamente la labor judicial, por otro lado no han sido pocas las ocasiones de cooptación, afaptación o resistencia de la justicia ante las intromisiones de actores ilegales.

Bienvenido ha sido el hecho de cada vez que se levanta con dignidad el deber de impartir justicia contra la canallada de la corrupción, la mediocridad y la delincuencia. Por eso una democracia es tan fuerte como autónomos y capaces son sus servidores judiciales.

El legado de los maestros Carlos Gaviria, Ciro Angarita, Alfonso Reyes Echandía, o Augusto Ibañez viven en todos los que creen en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho.

Después de todo el sistema de derecho no es solo tecnicismos y lenguaje complejo. Es muy al contrario, concreción de derechos fundamentales y obligaciones de transparencia por parte de los gobiernos, luchando contra la injusticia y la arbitrariedad.

En tal sentido este libro une obras que analizan la relación de la actividad judicial respecto de otros poderes.

Los integrantes del semillero de investigaciones jurídicas VERITAS EST FONT LIBERTATIS tenemos el gusto de presentar a la comunidad académica y jurídica, el texto Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces: Entre la Política, la Democracia y el Derecho (Higuera, Archila & Lemus, 2018). Para complementar el análisis de la temática con enfoque teóricos y críticos, se realizó el ejemplar IV de esta colección compuesta por los siguientes escritos: Aproximaciones A La Fundamentación A La Legitimidad Política De La Decisión Judicial (Higuera, 2018), en el cual se realiza una reflexión sobre la llamada objeción democrática a la competencia del juez constitucional, análisis complementado con la fundamentación a la legitimidad política de la decisión judicial (Martínez, 2018) en el cual se desarrollan los soportes conceptuales desde la ciencia política y la teoría del derecho. Por su parte (Barajas & Rincón 2018) realizan el trabajo La Influencia De La Moral En El Derecho, La Política Y El

Desarrollo Empresarial, estudio relativo a la influencia de los marcos axiológicos en la configuración del sistema jurídico, su alcance como referentes de validez y su vigencia en nuestros ordenamientos, finalmente presentamos el texto en inglés from the unfinished construction to the Colombian state cooption. an institutional crisis as an apartheid paradigm (Alonso, 2018), en el que se expone un análisis crítico a la institucionalidad y viabilidad nacional desde la teoría del estado.

Imprescindible, igualmente, para llevar a buen término esta obra, fue el oportuno y eficaz apoyo recibido de la Corporación Universitaria Americana, de cuyo programa de publicación fuimos beneficiados, y al cual esperamos responder con la altura y responsabilidad de la citada casa de estudios.

El texto se desarrolla dentro de una línea de investigación Jurídico-Normativa, cuya naturaleza tiene profundos rasgos analíticos y propositivos, desarrollada desde finales del año 2017 y 2018 en simultaneidad con la implementación del proceso de paz y del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” firmado el 24 de noviembre del año 2016.

Barranquilla octubre 20 de 2018.

AUTORIDAD DEMOCRATICA Y POLITICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL: REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO GOBIERNO DE LOS JUECES

Diego Mauricio Higuera Jiménez*

* Corporación Universitaria, Americana, Colombia, higuerajimenez.abogado@gmail.com.

Resumen

El tema que se planteará, tiene como objeto realizar un análisis no solo conceptual, sino práctico desde la democracia, como eje sustantivo para discutir lo referente a la controversia que suscita ‘el gobierno de los jueces’, entramado que se contextualizará desde el ejercicio de la política y los problemas en las que esta se desenvuelve, entorno al poder y los fines que esta persigue. Por ende se expondrá de manera sincronizada y precisa como la democracia se desempeña no solo como manifestación de una voluntad de mayorías, sino como deber ser en las ramas jurídico-institucionales en un sistema jurídico como el colombiano.

Introducción

A partir del enunciado del artículo 16 de la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) que versa “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”, permite dar una aproximación hacia el contenido y estructura en esencia de un constitucionalismo, en el que se trata una legitimidad constitucional a partir de la relación dialéctica que existe entre derecho y poder, y el rol que adquiere el juez constitucional, en lo concerniente a las decisiones que emane sobre los demás poderes, por ello se enuncia que para que una reforma constitucional profunda, o su invalidación judicial, sean legítimas es necesario la coherencia de estas dentro del marco de autoridad de la Constitución como fuente primera del pacto político (Higuera, 2009).

Es a través del control de constitucional que la Corte Constitucional se encarga de verificar el cumplimiento y respeto de los mandatos contenidos en la carta magna; idea que ha sido divulgada ampliamente en el constitucionalismo contemporáneo, que empero afirma que debe ser sancionado las violaciones a los mandatos constitucionales y a los mismo derechos fundamentales, tanto de leyes emitidas por el congreso, mediante la declaratoria de inexecutable, a través de las acciones de amparo; y haciendo efectivos los mandatos de la norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico, en la cual se consignan los principales postulados del sistema de derecho (Tobo, 2004).

Control de constitucionalidad, que se aplica a las conductas tanto estatales como particulares, a través de decisiones con fuerza de cosa juzgada, realizado en nuestro ordenamiento jurídico por la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte Constitucional¹. El principio mismo de una jurisdicción constitucional está en que ella pueda censurar el trabajo del poder legislativo invocando una contrariedad con relación a la constitución, misión que es necesaria para garantizar el Estado Social de Derecho en respecto de la máxima voluntad del poder soberano (Eisenman, 1986).

¹ “Para la Corte, los términos “jurisdicción constitucional” y “control de constitucionalidad” a los que hace alusión el precepto que se estudia, deben interpretarse, para efectos de su ubicación, dentro de la estructura de la rama judicial, de conformidad con las previsiones, principios y postulados contenidos en la Constitución. Así, únicamente para estos propósitos, puede señalarse que el control de constitucionalidad es el que se ejerce por un órgano competente, a través de un pronunciamiento definitivo respecto de la concordancia de ciertas normas jurídicas con la integridad y la primacía de la Carta Política “. (Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996)

Pero no todo es sencillo, esta labor es acusada de haberse convertido en un auténtico gobierno de los jueces, término utilizado genéricamente para manifestar diversos desacuerdos con la justicia constitucional, considerándolo, un órgano antidemocrático, fallador insensible a las limitaciones pragmáticas (Aparicio Pérez, 1983), activista político con poder discrecional. Si agrupamos estas críticas podemos ver de un lado los cuestionamientos sobre la labor política del juez constitucional y del otro la crítica desde la objeción democrática o mayoritaria.

Ahora bien, como primera parte se abordará analíticamente el problema, identificando los conceptos, y revisar que tan sólidos son estos, al confrontarlos con otras posturas, pues es necesario dicha posición objetiva, que permita generar ideas razonadas, para evitar decaer en lo que se busca evitar, tanto con los límites al poder legislativo, como con la proscripción de un poder jurisdiccional controlador, (arbitrariedad).

En un segundo tenor, se discutirá lo referente a la democracia y la tesis del derecho de las mayorías, esto construido a partir de la misma definición de democracia y sus vertientes, que darán un abrebocas para pronunciar como la Corte Constitucional en sus funciones también, lo hace bajo la matriz de la democracia.

Es así que se vendrá a estudiar, como el lugar del órgano de control de constitucionalidad en la estructura del poder estatal ha producido la resistencia de ciertos sectores que le han acusado de establecer un gobierno de los jueces en detrimento de su verdadero objetivo, la democracia constitucional.

1. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO POLÍTICO.

1.1 El ‘gobierno de los jueces’

Jurídicamente la expresión gobierno de los jueces, ha sido una figura de amplia discusión, al ser esta suscitada ya sea por las providencias que los jueces emanen, o por la incidencia de estos en cuestiones de carácter legislativo o administrativo; de manera que el tema en trance, puede hacer referencia ya sea a un dictamen específico o como tal una situación problemática generalizada, que abre campo a formular el debate sobre la conceptualización de lo que sería en concreto el gobierno de los jueces, sus

alcances e impactos a nivel social e institucional.

El termino se sitúa bajo la crítica al control de constitucionalidad jurisdiccional, que estos pueden ejercer, justificándose en que una vez emanado y asentido por el legislativo un precepto normativo se está ante la ausencia de legitimidad por parte del juez para fallar en el escenario constitucional. El cual se torna contrario en lo referente a la constitucionalidad de las normas, como es el caso del gobierno estadounidense y la misma Europa continental (Segado, 2009). Por lo cual se denota una contraposición del judicial frente al legislativo (como constituyente secundario o derivado) en el cual se genera el interrogante de ¿cómo es posible que los jueces vayan en contra del trabajo del legislador? Y así mismo, el cómo la voluntad de los elegidos democráticamente puede ser confrontada con la voluntad de aquellos no elegidos por el pueblo en dicho ejercicio democrático (López Daza, 2011).

Cabe agregar que igualmente se presenta una inquietud frente, a la certeza que generara la solución de las situaciones jurídicas que se produzcan, las cuales se desglosan en su mayoría en el campo práctico, y que agudiza la preocupación dado la forma abstracta que toman dichas decisiones, tal como lo resalta Gastón (1924):

El sistema de control, por parte de jueces, de la constitucionalidad de la ley, sería en Francia, muy peligroso si adoptamos la teoría desarrollada por algunos autores modernos sobre la constitucionalidad de un gran número de principios generales, más o menos vagos (p.153) ².

Dicho ‘gobierno de los jueces’ resaltaría lo que fue en su tiempo el ‘antiguo régimen’, como Jèze al respecto menciona:

Que se suponga, la hipótesis no es quimérica, los tribunales o incluso un Tribunal Supremo lleno de un espíritu hostil a las reformas democráticas, sociales o fiscales. Bajo el pretexto de controlar la constitucionalidad intrínseca de las leyes, (?) tendrían el poder soberano y formidable para aplicar, mediante argucias jurídicas, todas las leyes de reformas de este tipo. Este sería el ‘gobierno de los jueces’, o más bien el gobierno de una Corte Suprema de Justicia, un cuerpo inamovible e irresponsable, sospechoso, por sus orígenes y el entorno social donde se recluta, para hacerse pasar por el defensor

² En el original: “Le système de contrôle, par les juges, de la constitutionnalité intrinsèque de la loi serait, en France, très dangereux si l’on adoptait la théorie développée par certains auteurs modernes sur le caractère constitutionnel d’un grand nombre de principes généraux, plus ou moins vagues”.

de los privilegios de las clases poseedoras. Comenzamos de nuevo la lamentable historia del Parlamento de París del Antiguo Régimen (Gastón, 1924)³.

En referencia a lo anterior puede demarcarse que en el ejercicio político y legal se está presenciando una ausencia de responsabilidad, en el sentido de que aquellas decisiones judiciales, no están consolidadas bajo presupuestos de orden democrático, lo que puede traer consigo ciertas inseguridades de orden institucional, provocando a su vez que la incidencia en el legislativo sobrepase hasta el mejor accionar que este pretenda.

Lambert en su obra señala como en el evolucionar del derecho estadounidense, con la inconstitucionalidad de las leyes se intentaba brindar una protección a los sectores más desfavorecidos, sin embargo se evidenció que por añadidura se manifestaba un claro acercamiento a salvaguardar intereses de los poderes económicos industriales y financieros, con argumentos que carecían de peso y rigidez, que así mismo venían frentando leyes sobre seguridad social y salario mínimo. (Lambert, 1921). Esto de lado a la tesis dada por Waldron (2005) al poner en evidencia las sentencias realizadas en desarrollo del control de constitucionalidad difuso del ordenamiento estadounidense, contra todas aquellas leyes que estipularan garantías sociales de derecho laboral y regulación de las fábricas en el período de 1880 a 1930, que en sintonía con la escandalosa decisión del caso Dred Scott contra Sandford, en la cual se declara constitucional la esclavitud y se niega la ciudadanía a todas las personas afrodescendientes en Estados Unidos⁴, se vislumbra como la problemática gira entorno a un motivo netamente hermenéutico y de premisas que demuestran una falta de justificación y razones insuficientes a la hora de tomar las decisiones, y no estrictamente en la figura del control de constitucionalidad.

Adicionalmente, con la falta de limitación y/o control y la latente intrusión de

3 "Que l'on suppose, l'hypothèse n'est pas chimérique, des tribunaux ou même simplement une Cour suprême animés d'un esprit hostile aux réformes démocratiques, sociales ou fiscales. Sous prétexte de contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois, ces tribunaux, cette Cour auraient le pouvoir redoutable et souverain de mettre en sommeil, pour des arguties juridiques, toutes les lois réalisant des réformes de ce genre. Ce serait le gouvernement des juges, ou plutôt le gouvernement d'une Cour suprême, d'un corps inamovible et irresponsable, suspect, par ses origines et le milieu social où il est recruté, de se poser en défenseur des privilèges des classes possédantes. On recommencerait l'histoire lamentable du Parlement de Paris de l'Ancien régime" (JEZE, 1924. p. 422)

4 Habiendo estado en Illinois donde no se autorizaba la esclavitud y en el territorio desorganizado situado al norte de la latitud 36° 30', donde la esclavitud había sido prohibida, Dred Scott acciona judicialmente para pedir su libertad, pues dos veces había residido en suelo libre, la decisión del juez Taney sostiene sería inconstitucional privar a los ciudadanos de sus bienes aún si salen del estado, lo cual declara constitucional la esclavitud en todo el territorio. Así mismo sostiene que Scott no es un ciudadano por el simple hecho de su raza, al respecto el fallo sostiene "A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a 'citizen' within the meaning of the Constitution of the United States", "Un negro libre de la raza africana, cuyos ancestros fueron traídos a este país y vendidos como esclavos, no es un 'ciudadano' en el sentido de la Constitución de los Estados Unidos". Unites States of America, Supreme Court Of The United States, Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)

las decisiones de los jueces en espacios del ejecutivo y el legislativo, han surgido y respondido a través de lo que bien pueden llamarse decisiones moduladas o acciones positivas (López Daza, 2011), que se caracterizan en gran medida por ser una labor en la que se torna una corte constitucional que sin más, se halla involucrada en un activismo el cual va desnivelando y sobrepasando sus competencias hasta el punto de actuar como transformador en parte, porque ya no está fallando estrictamente bajo la norma, sino influenciado por discernimientos interpretativos, en el cual puede presenciarse una alteración a su función, que actúa en contravención y fuera del escenario que le es competente.

Es importante resaltar, que si bien en el gobierno de los jueces, se está frente a un activismo acelerado, que actúa en fundamento al control de constitucionalidad, es punto de debate señalar si en realidad se está ante un autoritario ‘gobierno de los jueces’ o si las sentencias proferidas responden y se adecuan a los marcos de un control de constitucionalidad, en el cual ha de aclararse, que la importancia recae en delimitar con exactitud, el impacto de la actividad que el juez está reproduciendo, y ver si la problemática radica estrictamente en su función o en la trascendencia social y política que este pueda adquirir; pues aparte de si su función de carácter jurídico paso a ser de talante político, queda abierto no solo lo concerniente a alcance de su competencia sino a la confiabilidad de las decisiones judiciales, y los intereses que las revisten.

La función judicial, radica necesariamente en el ámbito de aplicación de la ley, la cual, debe aplicarse sin distinción alguna, tal es el caso en el que, si miembros del congreso incurrieran en la comisión de algún delito en la expedición, modificación o reforma de una ley, estos se verían sujetos a la ley, a pesar de que ello tenga ciertos efectos políticos; contrario a ello se estaría vulnerando al Estado Social de Derecho si el juez la aplicara con beneficio político. Es cierto que el ‘gobierno de los jueces’ es un concepto utilizado, de forma paradójica, para cuestionar sentencias y decisiones contra facciones políticas (López Medina, 2007), lo que no quiere decir que se de ventaja a ciertos sectores que se vean implicados, sino que por el contrario lo político se evidencie en las razones coherentes de quien juzga y no directamente sobre el sujeto juzgado.

Según el genérico de Waldron (2005) se puede recopilar, como arbitrariedad, vista esta como ausencia de legitimidad, imprevisibilidad de las afirmaciones o ausencia de razonamiento sobre el asunto como una cuestión

meramente voluntarista; por lo que en el siguiente estudio de ahondara como primera parte lo concerniente a la dimensión que acoge al concepto del gobierno de los jueces, y lo referente al control de constitucionalidad en un segundo apartado, a la luz de los parámetros de la democracia y su respectivo análisis. Por lo tanto, uno de los objetivos del presente documento es presentar el tema en discusión, como una manera de fortalecer el derecho y como bien se demostrará que la crítica esbozada al encabezado del gobierno de los jueces, está ante unos argumentos no del todo fundamentados.

1.2. La política como plurivalencia

Es muy frecuente que al definir la política, esta se tome desde el gobernar una sociedad por parte del poder soberano, en cabeza del Estado, en una relación de poder entendida entre el soberano y los súbditos, enfocado en regular la conducta del sujeto (Bobbio, 2003). Con el nacimiento de nuevas formas de gobierno, se denota una clara incidencia en la organización y estructuración de la sociedad por medio del ejercicio del poder, donde las diferentes formas de gobierno, han valido para que algunas estructuras orgánicas hoy, se vean permeadas y enfrascadas en el círculo del poder.(Bobbio, 2003).

Al ser la sociedad el campo de acción de la política, esta genera que se congreguen distintos grupos de individuos, a los cuales su accionar no siempre involucra que este en un marco político, sin embargo, Aristóteles al referirse a la polis (ciudad) entendida como aquella comunidad que puede auto sostenerse y convivir en un territorio; lo anterior visto como una forma de integrar el poder político (Bobbio, 2003), pues toda actividad política debe ser desarrollada dentro de sociedades, de lo contrario, dicha comunidad no se encontrará sociabilizada o aceptada, no sería polis (Caps & Constantinesco, 2006).

Al consolidarse las instituciones, la sociedad pasa de ser simplemente una sociedad civil a formarse en un estado, integrado, por la población (capital humano); territorio (espacio físico) y poder político (organización colectiva para lograr sus fines) (Caps & Constantinesco, 2006). En donde es procedente hablar sobre la legitimidad el cual abarca la fuente de todo poder radicaría en el soberano y en una república en manos del pueblo, contrario a lo que suele ser el delegado, el cual en abstracto tiende a ser del Estado y en concreto del gobierno, siendo este, desde una teoría del Estado, la personificación de las instituciones (Rousseau, 1990).

El problema de la legitimidad radica a menudo en la desvío de poder, en donde habitualmente se presenta en que los malos gobiernos han desplegado su poder de diferentes formas, incluso por fuera de sus verdaderas funciones, bien sea influenciando para desnaturalizar la esencia del poder político en busca de la perpetuidad de gobernantes, o al desvirtuar la dignidad del ser humano convirtiéndolos en un simple medio para alcanzar objetivos y al cual se le pueden irrespetar su derechos (Bobbio, 2003).

En relación con los fines estos atienen estrictamente a los establecidos por el grupo social, donde el gobernante le corresponde en su tarea velar y hacer lo posible porque se dé el cumplimiento de dichas demandas sociales, que a la larga entran a ser reguladas por parte del Estado junto con el control del orden público que este debe mantener. La problemática respecto de las decisiones políticas de los jueces parte de la consideración misma del concepto de política (Seiler, 2001); pues al presentar la sociedad cantidad de comportamientos y diferentes adeptos culturales, generan que se explique bajo el concepto de la plurivalencia todas aquellas relaciones y conductas, entendiéndolo como variedad de valores o de formas en las que puede presentarse un concepto; en lo relativo a la política puede tomarse ya sea desde la agrupación de una comunidad como acto político, en representación de alguna ideología por medio de un partido político, en la práctica desde el ejercicio del político, o en el ámbito académico como lo es ciencia política.

Sin embargo, el campo de definición de la misma se torna complejo, una vez, se han adoptado no solo desde la concepción de la polis, donde el político completo era aquel que procuraba por la mejor construcción del Estado/ciudad, sino que desde la terminología inglesa trasciende de una manera u otra a tres corrientes *polity*, *politics* y *policy*, la cual señala, la política, lo político y las políticas. En primer lugar, respecto a la *polity* se refiere a la estructura de La política, las reglas fijas y estables en el desarrollo del poder público, por ejemplo, los sistemas electorales, instituciones, formas de gobierno; mientras que *politics* se refiere a Lo político, a las conductas individuales y colectivas en un concepto más dinámico como las campañas electorales, la intención de voto o la formación de coaliciones; y finalmente *policy* es lo relacionado a Las políticas públicas (Seiler, 2001).

Por otro lado, la concepción de política pública, se encuentra como aquella que actúa como herramienta diseñada para ser aplicada en determinado campo en el cual se pretende desde su creación ser un instrumento para la solución de alguna problemática social, esta se reúne en planes y estrategias,

que poseen un campo de acción preciso, a cargo de un agente que llevara a cabo su aplicación mediante dichos proyectos, mediante los cuales se puedan lograr los objetivos que el Estado se comprometió a cumplir.

Distinguiendo el poder originario del derivado, el cual no requiere de ninguna delegación o necesidad de que alguien le otorgue ese poder, tal como sucede en dictaduras o conquistas, mientras que el derivado en contrapunto al originario es aquel representativo de la democracia, igualmente capaz de imponer a los sujetos una voluntad, verbigracia la imposición de cargas tributarias en cabeza de Estado, eso sí, sin exceder sus facultades y límites, pues perdería su origen democrático.

Vislumbrando aso, como cualquier función pública se despliega en desarrollo de lo político, lo cual no hace que sea una actuación de la o las políticas, en este marco, es decir, en el poder en desarrollo del programa estatal es que debemos entender la función del juez constitucional.

1.3. Sobre la moral y el derecho en *La política*.

Como postulados bajo los cuales la política se mueve encontramos tanto a la justicia como el bien común, por su parte la moral va encaminada hacia aquellos valores que rigen los actos humanos, si bien se ha pretendido demostrar que están separadas, estas se hallan en efecto muy afines. Donde el derecho es concebido desde un campo axiológico, así como la legitimidad no solo desde lo jurídico sino a la par de la moral. Que involucra necesariamente que ambos trabajen de la mano para que el poder sea legítimo y la misma moral se haga efectiva en la sociedad no solo como un mero discurso.

El bien común es uno de los elementos que busca que todas las personas que hacen parte de la sociedad se beneficien de ello, además de permitir que se desarrollen los derechos de las personas en un marco de dignidad; pues independientemente de la cultura en la que estemos el bien común estará contemplado en los fines de cada Estado (Bobbio, 2003), que hace necesario que cada uno de los funcionarios deben propender por generar un espacio equitativo, imparcial y que propenda por el bien común, dejando de lado privilegios hacia sectores determinados, esto en miras a establecer un orden público nacional e internacional.

El gobernante ha de desenvolverse teniendo en cuenta aquellas

consideraciones que agrupa el bien común, pues el Estado en su evolución, ha requerido que sea endurecido, lo que hace que se dejen de lado otros puntos importantes de desarrollo; dichas decisiones ya sean sociales, culturales, económicas, ambientales, exigen que el gobierno tome la decisión más acertada en el bien común, pues el máximo propósito de un gobernante ha de ser lo que a la comunidad beneficie, entendido en que ha de practicarse y aprobarse por los ciudadanos (Bobbio, 2003).

Es allí donde el diálogo actúa como herramienta pertinente, para intermediar en asuntos donde los ciudadanos no se ven afectados, pero que aun así se lleven a cabo los fines del Estado. Tan es así que el objeto de la política descansa en cobijar a gran parte de la población en razón del interés general, consensual y correctamente dirigido, que impactara en diversidad de esferas sociales (Seiler, 2001).

Sin embargo, el poder ejercido por los gobernantes, no solo es sobre los hombres (ciudadanos), sino que ha de extenderse a todos los bienes que se encuentran dentro del Estado (Bobbio, 2003), lo que trae consigo no solo ver el funcionamiento institucional, sino que direcciona hacia esquemas no solo políticos, sino económicos, debido a su impacto en el desarrollo del individuo. El poder que emanan los gobernantes no es solamente nominal, se encuentra investido de grandes responsabilidades, como hacer cumplir las leyes, castigar a aquellos que las infringen y ejecutar penas si es necesario (Bobbio, 2003).

En el desarrollo de estas actividades se ha planteado que el deber del gobernante es alcanzar las metas, siendo lo demás solo una cuestión de medios ya que el deber político es de fines, sosteniendo que en el campo de la política hay actuaciones que son buenas y malas, y es ahí cuando se evidencia la autonomía política que determina con criterio cual posibilidad es aceptada dentro del ámbito social, lo que refuerza que dichas conductas no pueden ser vistas bajo la acción moral, pues se estaría desvirtuando el campo político, que es el relevante en este caso (Bobbio, 2003).

En ese camino es que se plantearía una dicotomía entre moral y política. Quien se conduce movido por la primera estima que su deber consiste en respetar algunos principios de conducta planteados como absolutamente válidos, con independencia de las consecuencias. Quien se comporta según la segunda, considera haber cumplido con su deber si logra obtener el resultado que se proponían (Bobbio, 2003).

No obstante, para toda regla hay su excepción, pues ante aquellas reglas morales condicionantes del comportamiento humano, hay casos donde no se admiten transiciones, bien sea por las diferencias entre las ideas de las personas o las dificultades en desarrollo de alguna premisa moral, pues algunas de estas reglas admiten negación y no aceptación para determinadas personas o grupos sociales (Bobbio, 2003).

Al hacer acotación de un postulado moral, o de otra índole, es necesario ceñirse a algunos parámetros que deben ser armónicos con las conductas, pero que llevan a posiciones de suma cero en muchas ocasiones, por ejemplo: una norma de la moral común me obliga a no mentir, pero ¿si al decir la verdad traiciono a un amigo?

Ahora bien, lo que pretende poner en contraste la conducta del hombre político con la moral común es motivación en la ética de los resultados (teleológica), en lugar de la medida a través de los principios (axiológica), la bondad de un político se juzga por el éxito, y se califica como buen político al que logra tener el efecto deseado (Bobbio, 2003).

Claramente no es compartida esta distinción, entendiendo que la relación de medios y fines es la medida de cualquier conducta, sea moral o política; el tirano quiere diferenciar lo que hace para justificar sus horrores, pero esto no tiene excusa, violar derecho humano y alegar haber detenido a un delincuente es una falacia, convertirse en un monstruo para enfrentar el mal es haber perdido esa batalla, justamente en eso categóricos e innegociables, como “armas de Odiseo”, es que se encuentra la calidad imperativa de los derechos humanos (Higuera, 2015).

La moral es la medida de la buena política, mientras el actuar público y efectivo logra el ideal ético, de lo que podemos deducir que política y moral, si ambas son bien entendidas, no están tan lejos y al alejarse sufrirían una desnaturalización de sus objetivos.

Respecto del derecho, la política tiene que verse desde dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política (Bobbio, 2003).

Es claro que no es lo mismo el derecho que la política, en el primer caso la acción es calificada con base en algo que lo precede; en el segundo, con base en algo que esta después (Bobbio, 2003) en todos casos la relación entre ambos es notoria.

Hay que evidenciar esta conexión entre los poderes jurídico político; pues no son lo mismo, cada cual tiene su aplicación en diferentes campos; pero no pueden excluirse entre sí por completo, pues de una u otra forma se complementan y se necesitan, como la aporía del huevo y la gallina. La dicotomía ha querido ser resulta poniendo primero el huevo, así como en muchas ocasiones ha sido pues primero el poder que el derecho; pero para autores como Kelsen esta concepción no es viable, ya que, según considera, el ordenamiento jurídico es la base del Estado; también evidenciamos como para tratadistas del derecho público el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas, con base en ello, tenemos como presupuesto que primero está el derecho y luego el poder (Bobbio, 2003).

En lo que concierne al derecho positivo, se hace mención no solo de una pretensión moral sino del *deber ser* de las conductas (Kelsen, 1962). Cuando hablamos de derecho, debemos diferenciarlo de la moral por su poder coercitivo, si bien es cierto que nos basamos en el deber ser, no hay que dejar de lado que este puede hacerse cumplir mediante la fuerza, pero no es simplemente por lo dicho en la ley, sino la fuerza que trae la autoridad por ser esta la que define la ley, es así como principio fundamental del positivismo jurídico se puede asumir la máxima Hobbesiana: “no es la sabiduría, sino la autoridad la que hace la ley” (Hobbes, 1992).

En cuanto, a la validez normativa no se agota en el simple hecho de que la ley este plasmada, sino que se tiene la legitimidad como eje fundamental para su efectividad, es decir, la autoridad que emana del poder político de una nación. Las normas deben tener la posibilidad de hacerse cumplir coercitivamente, pues si no encuentran cimiento en el poder político, para que por medio de la fuerza se hagan cumplir las leyes, ello será el ejemplo de que no hay derecho (Bobbio, 2003).

La fuerza es una condición necesaria del derecho, pero no suficiente, sin coerción no hay derecho, pero, la legitimidad completa su contenido, después de todo, “si delos gobierno quitamos la justicia ¿en que se convierten, sino en grandes bandas de ladrones?” ¿Qué diferencia existe entre pagara impuestos y darle el dinero a un ladrón?, que la primera es una autoridad aceptada con base en su pretensión de justicia, la segunda no.

En su obra Rousseau caracterizo al derecho como una imposición por la legitimidad “la fuerza es una potencia física, y no veo que moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad no de la

voluntad; cuando más, puede ser de prudencia”. Y es claro que “si es preciso obedecer por la fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no existe”. Por lo anterior Rousseau dedujo que la fuerza no hace al derecho y que los hombres están obligados a obedecer solo las leyes legítimas, “puesto que ningún hombre tiene por naturaleza autoridad sobre su semejante y la fuerza no constituye derecho alguno, quedan solo las convenciones como base de toda autoridad legítima sobre los hombres” (Rousseau, 1990).

Cabe añadir, que es fundamental aclarar la distinción entre derecho y poder de hecho radica en que aquel encaminado por vías jurídicas es justificado legítimamente, pues su orientación es hacia la ley y por ende hacia el bien común que pretende representar; este poder está jurídicamente fundado, el poder de hecho no (Bobbio, 2003).

En una comunidad hay derecho y deberes. Pero, si por ser más fuerte se cree que se puede transgredir las normas, estas serían simplemente ilusorias. Como se acaba de mencionar esa fuerza debe transformarse en derecho, y por ende la obediencia en deber, pues si solo obedece por convicción no se requiere la fuerza y ceder a la simple fuerza no es derecho, establecer una pretensión de conducta que sea legítima, y poder imponerla en su eventual desacato sí es derecho.

Las relaciones entre derecho y política siempre coexistirán, se hable de poder legítimo o ilegítimo, siempre la relación estará presente. Este es el segundo criterio de relación entre las dos ideas, pues la política le da poder al derecho, pero este igualmente permite justificar el anterior en una simbiosis entre los conceptos de validez y legitimidad, de lo jurídico a lo político basándose uno en el otro (Bobbio, 2003).

Si determinada persona ejerce poder, dicho poder debe estar autorizado; pues se convierte en una verdadera autoridad, siendo que la diferencia entre autoridad y el poder descansa entre el poder de derecho legitimado, y el poder de hecho; porque el primero es ejercido bajo parámetros legales y por ende con autoridad, diferente al segundo que simplemente son hechos sin normatividad. Rousseau ha escrito: “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, sino transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber” (Bobbio, 2003).

Respectivamente, para identificar quien ostenta el poder y establecer

quien tiene derecho a mandar así como los parámetros de la obediencia, es necesario determinar la autoridad del gobernante, a lo cual Bobbio dice “un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo ejerce con justo título, y el poder es ejercido con justo título solo en la medida en que quien lo ejerce este autorizado por una norma o conjunto de normas generales que establecen en una determinada comunidad, quien tiene el derecho a mandar y quienes tienen y en qué circunstancias la obligación de obediencia(Bobbio, 2003).

En este escrito se ha planteado como el poder debe estar regulado bajo las acciones del derecho, el poder no solo puede orientarse con fuerza, sino que debe materializarse con la norma (Bobbio, 2003). Como se ha pronunciado el poder debe estar orientado hacia las normas, quien lo ejerce porque es legítimo, es decir está en el derecho de hacer, no lo ha ejercido por voluntad o arbitrariedad sin que lo ostenta con parámetros legales como criterio de valoración, es ahí donde se diferencia el poder legítimo del poder de hecho, pues el primero se hace invocando la legalidad del poder, y el segundo no es legal, por ende, se hace inoportuno, ilegal y arbitrario (Bobbio, 2003).

La idea clásica de la primacía del gobierno de la ley se ha trasladado desde la época medieval hasta nuestros tiempos, alcanzando su refinamiento con la doctrina del constitucionalismo, que manifiesta que no hay diferencia alguna entre gobernantes y gobernados en relación con el imperio de la ley; pues bajo el entendido del poder legítimo, el gobernante también está regido por la ley, es decir, por las normas constitucionales que deben ser acatadas y respetadas tanto por él como por los gobernados (Bobbio, 2003).

Seguidamente, según platón, quien sostiene que los gobernantes deben ceñirse a las normas, bajo el entendido que si en determinada polis sus líderes no son súbditos de las leyes, esta se vendrá a pique, debido a que su autoridad seria arbitraria y no legitima. En un sentido integral de ley es que se enmarca el Estado de derecho que somete a todos por igual, ese es el verdadero respeto por el sistema de derecho. El poder y el derecho coexisten, si el poder no está orientado en derecho es un simple acto de fuerza bruta, mientras que el derecho sin el poder es impotencia, una declaración vacía. La balanza mide la justicia y la cumple con la espada, en tal sentido se expresó Bobbio “el poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin poder es vacuo” (Bobbio, 2003).

El gobernante debe regirse por la ley, no por su voluntad. Aquel gobierno que se rige por las normas es claramente diferente de uno arbitrario, pues el buen gobernar siempre tendrá presente el bien común, porque está orientado

por el derecho, a diferencia del actuar corrupto que solo se interesa por el bienestar egoísta (Bobbio, 2003)

Aristóteles ha afirmado, que es preferible el dominio de la ley al dominio de los ciudadanos, porque siempre un mandato orientado a la ley genera garantías; pero si existen ciudadanos a los que se les da poder es necesario hacerlos encargados, convertidos en “guardianes” y “ministros” de las leyes, pero no convertidos en señores bajo el entendido que las leyes no deben tener apasionamientos, sino deben ser eso, leyes, que benefician a los ciudadanos, conforme a los dicho “la ley es el intelecto sin pasiones” (Bobbio, 2003, p.270).

En la historia el gobierno ha figurado principalmente en dos momentos desde el siglo XVII en Inglaterra y para el XVIII en Francia, y con la llegada del constitucionalismo, se impone la primacía del derecho sobre la existencia de un poder soberano, poder que no puede ser limitado ni sobrepasado y el cual materializa su voluntad a través de una norma jurídica máximo orden, es así como por mandato la ley suprema se establece el deber en obediencia. En referencia a lo anterior, el poder soberano es el poder de los poderes, así mismo sucede con la norma fundamental que es la norma de normas, es la superior (Bobbio, 2003).

Se evidencia como se denotan los distintos niveles; el nivel superior respecto al inferior y viceversa siempre estarán vinculados y es necesario progresar desde el plano inferior al superior, pero se ha de llegar a un plano superior que no tiene nada por encima de él estando todos los demás en un distinto grado, uno inferior (Bobbio, 2003).

El mandato proveniente del Estado debe ser interpretado como válido, Kelsen ha expuesto la teoría del ordenamiento jurídico como dinámico, porque aquella norma inferior asciende hacia una norma superior hasta llegar a la norma fundamental, es así como la validez objetiva de un mandato, y por ende del poder del mandato, viene asegurada; recordemos que no hay mandato sin poder (Bobbio, 2003).

Así se presenta un ordenamiento jurídico, en grados, partiendo de la norma inferior para llegar a la norma fundamental (Kelsen, 1962) en el proceso denominado por el autor como inverso, y que de otro modo el Estado siempre parte del plano superior por encantarase este en el poder soberano delegado (como elemento constitutivo del Estado), para de esta forma ir descendiendo a los demás poderes inferiores. Por lo anteriormente dicho se puede afirmar

que es el mismo ordenamiento jerárquico, constituido por normas y poderes, estos pueden observar de abajo arriba o viceversa; si se presenta de abajo hacia arriba (subida de normas) y de arriba hacia abajo (bajada de poderes) (Bobbio, 2003).

Nuevamente se hace acotación a la legitimidad del poder que es ejercido bajo el derecho, porque dicho poder debe respetar formalmente el contenido de la norma jurídica frente a este tema hay que hacer referencia, en cuanto se contraria la obediencia, a que la resistencia incluye comportamientos de ruptura contra el orden constituido poniendo en crisis al sistema, pero cuando contraria la aceptación, la contestación se refiere a la ruptura de una actitud crítica sin poner en crisis dicho orden constituido (Bobbio, 2003).

Evidentemente se puede presentar la concertación de poderes, es decir, monopolizar el poder coactivo (poder político), poder económico, poder ideológico (relación estado- iglesia) que detenta el poder de procurar la obediencia de sus súbditos mediante sanciones terrenales y ultraterrenas (Bobbio, 2003).

Así las cosas, para evitar estas concentraciones en el proceso de *subida de normas* como en la *baja de poderes*, se ha determinado una división de funciones, intentando en ella hacer partícipes a múltiples actores con miras a aumentar el garantismo de las mismas, se trata de las consabidas ramas del poder público.

Finalmente, en estas reflexiones, se dirá, que la constitución como norma de normas enmarca todas las actividades y no hay actuación jurídico o política que pueda salirse de ella legítimamente, en ella se encargan funciones jurídicas a las diferentes ramas, todas las cuales son detentadoras en común y proindiviso de una cuota del poder público.

1.4. El juez de Lo político.

François Luchaire (1997) afirma que: “el juez que gobierna es el que hace aplicar una norma jurídica”, se trata entonces de una actividad de creación voluntaria del derecho y no una creación técnico-jurídica. Para muchos, la política puede ser entendida como una forma de poder de los Estados que sea participativa y democrática; pero cabe anotar que existen formas organizacionales patriarcales y despóticas, las cuales siguen siendo Estados e igualmente integran la esfera de la política (Bobbio, 2003).

Es una premisa clara, que al tener un Estado que involucre la democracia, donde a la par se respeten libertades y garanticen derechos, existe la tripartición de poderes, aquellas vistas como garantes eficaces de dichas libertades y derechos, que se manejan de forma independiente sin transgredir principios constitucionales (Bobbio, 2003).

La corte constitucional actúa en oposición a poderes legislativos, en concreto a mayorías coyunturales, eso sin tener que de negar la soberanía que recae en este, sino que por el contrario pretende su reivindicación. Al interpretar el derecho es necesariamente completarlo y desarrollar las nuevas reglas, pero si la interpretación de las reglas deja un lugar muy grande para actuar subjetivamente el riesgo del gobierno de los jueces vuelve inmediatamente (Luchaire, 1997)

El riesgo bajo el cual el parlamento se halla supeditado es a que por medio del control de constitucionalidad, sea un órgano que dirija la actividad legislativa, o en escenarios más corrosivos sea un constituyente, en lo que se requiere cuidado al momento de ver que las interpretaciones de la Corte no sean muy generales, pues en términos de seguridad jurídica sería muy cuestionada dicha constitucionalidad, diferente a que sus decisiones sean equilibradas y adecuadas a sus funciones de tal forma que materialice la soberanía del pueblo.

Siendo pertinente no olvidar el valor que adquiere el control de constitucionalidad en las democracias modernas, la gran importancia política y jurídica deben hacer de él uno de los centros de atención pública, toda vez que hasta la fecha la Corte Constitucional ha actuado con razonable respeto de sus competencias del soberano y de otros órganos estáticos (Luchaire, 1997).

Para tales efectos de trata de una garantía para asegurar la supremacía constitucional, haciendo prevalecer los mandatos consignados en la norma superior sobre las prescripciones legales. En la que no dista mucho de la apreciación dada por Hamilton, en los conocidos escritos de “El Federalista”. “una constitución es, en efecto y debe ser observada por los jueces como una ley fundamental. Desde luego, a ellos corresponde determinarle su sentido, el sentido de toda ley particular emanada del cuerpo legislativo. Si se encuentra entre las dos una contradicción absoluta, aquella que tiene un carácter obligatorio y un valor superior debe naturalmente, ser preferida; o, en otros términos, la constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes (Hamilton, 1988).

Al ser jurisdiccional y emitir sentencias lo inscribimos en el ámbito jurídico y lo negamos como político por asociarlo a politiquero, para algunos como Roussillion (2001), es político por sus funciones y designación, pero tiene un deber judicial en la exigencia de argumentación en las decisiones. Dicha exigencia de que los fallos deben estar motivados y entorno al derecho positivo, diferencian la labor del juez de los órganos político-discrecionales, el legislador posee plena libertad de configuración en el quehacer normativo siempre que no contradiga la constitución, pero no debemos perder de vista que esta aparente diferencia es al contrario la convergencia entre la labor de la rama publica judicial con las otras, pues todas las entidades estatales deben respetar las normas superiores y someterse al ordenamiento jurídico.

La confusión en este orden de ideas se deriva de concebir a los actos políticos como exentos de control o libres del imperio de la ley, donde lo jurídico está en la clara deducción metodológica de las normas (Tobo, 2004). Sin embargo, no existen asuntos exentos de sujeción al derecho en las democracias, los llamados *affaires politiques* o asuntos políticos como medidas desprovistas de control judicial son inaceptables en una democracia, un Estado social de Derecho implica el sometimiento de todos los ciudadanos al derecho.

Por su parte, cada organismo estatal posee diferentes competencias en desarrollo y respeto de ese sistema de derecho, así, el legislativo o el ejecutivo en ejercicio de sus funciones normativas pueden proferir preceptos jurídicos en el marco de la constitución pudiendo elegir en este las múltiples opciones que la realidad permite. Por otro lado, el juez, cualquiera que sea, está en el deber de buscar la decisión más aproximada a lo que ya se ha establecido jurídicamente, siendo sus funciones más restringidas.

Para velar por el respeto de estos límites se han difundido en todo el mundo Cortes" (...) creadas para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional, situadas por fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independientes de aquel, como también del resto de los poderes públicos" (Favoreau & Jolowicz, 1986). Entendiendo el concepto contencioso constitucional como jurisdicción del político, tanto de los órganos como de sus decisiones.

Claro que existen al interior de la organización estatal múltiples competencias de control y vigilancia, pero la mayoría de ellas se refieren a las personas que en calidad de servidores públicos son parte de estas ramas, por su parte el juez constitucional tendrá el deber de verificar el respeto de los

actos producidos por las entidades que son conformadas por estas personas, no se juzga al presidente ni a los congresistas, se juzga los actos proferidos por estas entidades. No es un juez de los políticos sino un juez de lo político (Zarini, 1992).

En el ordenamiento colombiano se trata de un poder autónomo (Favoreau, 1994), como es razonable, pues mal podría esperarse que fuese el mismo que profirió el acto quien decidiera si este es válido o no, así se expresa Karl Loewenstein (1970), quien ha emitido la ley es el menos apropiado para convertirse en defensor de la Constitución. Puesto que: Los consejos no son, generalmente, los guardianes más seguros de un jardín. Así pues, nadie puede ni debe ser moralmente el juez de su propia causa (Loewenstein, 1970).

Sobre todo, su autonomía nada nos dice de su naturaleza jurídica o política ni de la sutil amalgama de estas, tal como ocurre, situación mas compleja; al examinar el tema doctrinalmente, pues en ordenamientos como el francés el tribunal constitucional es una figura preeminente política, establecida como elemento de control político para impedir a los otros órganos del Estado traspasar sus competencias, pero sin una auténtica vocación jurisdiccional. Así el profesor Henry Roussillon considera a estos tribunales como “una jurisdicción que ejerce una función política” (Roussillon, 2001).

Lo anterior ocurre en Francia donde el Consejo Constitucional no es una auténtica jurisdicción, sino que el mismo fue concebido como una garantía del ejecutivo frente a una eventual preponderancia del legislativo (Tobo, 2004), sin embargo, esto dista ampliamente de lo que ocurre en Colombia donde la Corte Constitucional es concebida como parte de la rama de la justicia siendo un poder jurisdiccional autónomo (Tarapúes Sandino, 2007).

En todo caso es común que se trate de corporaciones en las cuales su nombramiento es más político que el de otros funcionarios judiciales, como otras altas cortes (Tobo, 2004), pero su naturaleza se define en las funciones, lo cual se pretende demostrar. Así la calidad técnica, los requisitos y criterios del nombramiento, como la denominación misma magistrado (juez colegiado), nos hace referencia a la labor jurídica (Meny, 1996).

El juicio que se desarrolle dependerá de que se pregunte, en sí, pues si tiene la actividad política en el sentido del ejercicio de un poder, pero además el que un fallo haya sido o no producto de un interés político es otro juicio el cual deberá realizarse en razón del fallo mismo, pero la pretensión del establecimiento de

un juez constitucional consiste en darle competencias validas y legítimas de orden político o jurídico, o si es imposible deslindarles es el objeto de este estudio.

A continuación, se desarrollará una división conceptual, en lo que anteriormente se aludía a que la labor del juez constitucional es política en el entendido en que se trata de un poder al interior de la organización pública, pero no es cualquier poder, se trata de un poder jurídico y reglado sometido a los estrictos preceptos del sistema de derecho, así las cosas, el juez constitucional tiene un poder público pero sus decisiones deben obedecer a criterios jurídicos, argumentativos hermenéuticos y no a la discrecionalidad que caracteriza a los órganos de prioridad política (legislativa y ejecutivo).

Un órgano será en el sentido amplio político por ser capaz de ejercer un poder y en sentido restringido, si consideramos libre y discrecional en un margen considerable las posturas a tomarse, así mismo, si es una actividad reglada deductivamente se tratará de una labor judicial, lo que se dará si se reconoce el precedente y la técnica hermenéutica. Pero no debemos perder de vista el hecho de que hay algo más de libertad en la interpretación de la Constitución que en el Código Civil, pues en este se han visto posturas diversas y en aquella tesis homogéneas y estables, lo relevante siempre es el respeto por la argumentación y la interpretación.

Puede que con ocasión de la apertura interpretativa de la Constitución se resuelva con decisiones políticas subjetivas o en respeto de las reglas científicas jurídicas de la hermenéutica, pero la primera es indeseable en una democracia y para garantizar la segunda debemos recurrir a la argumentación y racionalidad del juez intentando minimizar la potencial discrecionalidad judicial con ocasión de las múltiples posturas, ideologías o creencia del juez constitucional (Sachica, 1988). Nótese que decimos *minimizar la potencial discrecionalidad* pues una democracia constitucional necesita igualmente jueces comprometidos que se preocupen por sus decisiones y que sientan el espíritu de la justicia en ellas, pues también es indeseable el extremo exegético (Montesquieu, 1977).

Después de todo siempre existe un elemento subjetivo en algo que es eminentemente social y humano, el juez interviene en la construcción del derecho, lo aceptemos o no, lo niegue el mismo, un funcionario que da a las normas el contenido más restringido posible también imprime su creencia, de un derecho con esferas escasas, más aun nos da su impresión de lo que como

sujeto particular de conocimiento considera esas esferas escasa, así es cierto como se expresaba Bachof (1985), que siempre existe al do de voluntad en la decisión judicial, pero es muy diferente ser un agente activo y constructivo en ese desarrollo que un actor encubre sus verdaderos deseos.

En nuestras múltiples experiencias y concepciones de la vida, por nuestro arraigo cultural, familiar, ideológico, etc., siempre tendremos una preconcepción de justicia, de los que debe ser, eso es bueno pues nos acerca a la verdad y evita que nos dispersemos con las múltiples posibilidades que arroja un estudio, pero si se quiere imponer esta concepción a pesar de las evidencias en su contra, no es una actuación jurídica, ni siquiera es una actuación honesta.

Existirán claro está, casos de decisiones discrecionales (léanse arbitrarias), no solo basadas en los criterios políticos del juez, sino más aun, determinadas por factores reales de poder, económicos o militares. En todo caso estas decisiones no serán jurídicas, serán prevaricato y esa sanción deberá salir del ordenamiento jurídico, mediante las instancias posteriores o al menos revocadas por la jurisprudencia posterior por irracional (López Medica, 2007).

Si la política es por definición el manejo del poder, la labor del juez en sentido estricto siempre es una labor política, después de todo tiene un poder denominado en nuestro sistema jurisdiccional (en Francia jurisdicción es una alta corte) (Luchaire, 1997) y lo ejerce con autoridad, sin embargo, en este sentido todas las cortes y todos los funcionarios con jurisdicción ejercen una actividad política, lo cual nada agregaría al análisis respecto del juez constitucional. En este orden de ideas la discusión de la naturaleza judicial o política de la Corte Constitucional se centra en la discrecionalidad de esta y su sometimiento a todo el sistema de derecho.

Siempre pues se ha planteado el riesgo de un gobierno de los jueces y de estar sometidos a decisiones políticas de los mismo (Lambert , 1921) se mencionan las problemáticas que tiene un aspecto de inconveniencia por lejanía del juez, pue n tiene formación y conocimiento para analizar los factores a favor o en contra de una posición ante determinada problemática, sin embargo la limitación frente a la imposibilidad de analizar la conveniencia se soluciona en un dialogo constante entre las ramas del poder público, lo cual requeriría un espacio diferente a la realidad política nacional, una racionalidad discursiva de parte del ejecutivo y notoriamente del legislativo.

Como garante de la constitución, la Corte debe verificar que estas decisiones discrecionales respeten los límites supremos del sistema de derecho. Las posturas políticas tienen un límite y un control, el cual es ejercido por el juez de Lo Político, es decir el tribunal constitucional. En este sentido se expresa con pertinencia Javier Tobo al manifestar:” el derecho constitucional es la expresión de los proyectos políticos, de escogencia de ideas y selección de sistemas, él es producido principalmente por instancias políticas legitimadas por el sufragio universal, como ocurre por el parlamento o el gobierno, pero la administración y los jueces, como actores sociales, crean también derecho sin haber recibido la unción del sufragio universal (Tobo, 2004).

Así como el juez de lo contenciosos administrativo no es administrador público, sino el garante de que se mantenga en los límites del Estado social de derecho, lo mismo desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la cual es un juez (en el control de constitucionalidad, por regla y en tutela ocasionalmente) de lo político, pero debe actuar jurídicamente, interpretando la ley, deduciendo sus conclusiones de las premisas normativas y haciendo respetar el marco supremo de la actuación limite, nuestra ley fundamental, tanto en los aspectos formales como sustanciales, tanto dogmáticos como orgánicos, pues la Constitución es norma de normas y es indispensable tener una que haga efectivos los parámetros y prescripciones de orden supremo, después de todo tener una norma y un ente encargado de sancionar a su respeto son hechos relacionados de forma natural, mal haríamos en confiar el respeto a la Constitución a las mismas entidades que profieren las normas, en este sentido nos remitimos a Kelsen para quien el Tribunal Constitucional ha de ser “un órgano diferente del parlamento, independientemente de él, y por consiguiente de cualquier otra autoridad estatal, a quien haya que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales” (Kelsen, 1962).

Lo anterior nos permite ver la concepción Kelseniana del control de constitucionalidad como legislación negativa, labor de poder político, en este sentido enmarcada en la función legislativa, pero la cual debe desarrollarse de manera jurídica e interpretativa (Kelsen, 1962) para garantizar el respeto debido a la Constitución por la legislación positiva.

Para concluir siguiendo a Cristian Donayre el cual dice: una necesaria precisión, las decisiones de los jueces constitucionales y el control que llevan a cabo no son de corte político (...) la tendencia a ampliar el margen

de actuación del juez constitucional y la necesidad de evitar una distorsión de las funciones que se le confían (Donayre Montesinos, 2006).

2. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

2.1. Objeción democrática, la virtud legislativa, Waldron

La legitimidad jurídica que adquieren las mayorías legislativas, suscita la presencia de la objeción democrática, que se desarrolla con amplia libertad en lo concerniente a la configuración del ordenamiento jurídico, donde la forma de elección de sus miembros y el proceso deliberativo de los desacuerdos deliberativos desarrollados en su interior, después de todo los parlamentos han sido establecidos como foros en los que se plantea una respuesta con ocasión de múltiples posturas y opiniones (Waldron, 2005).

Se estima que, mientras el control de constitucionalidad de las leyes no es legítimo, al no ser parte de una voluntad democrática, entraña múltiples riesgos como sería el gobierno de los jueces, (López Daza, 2011), se expresa que, en la correspondiente doctrina, se está ante una desvalorización de la tiranía impuesta por las mayorías políticas, a pesar de que, es un peligro grave cuando los votos de aquellos que componen las diferentes facciones representan nada más que los intereses particulares o la satisfacción de los votantes (...), donde, al permitir que una mayoría se imponga equivale a permitir que se sacrifiquen los intereses de la minoría frente a los del grupo más grande (Waldron, 2005, p.21); pues al parecer puede llevarse a cabo cualquier conclusión, de los análisis sobre la crítica hacia la dictadura de las mayorías políticas, sosteniéndose “bajo la presunción de que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales” (Waldron, 2005).

Se interactúa a la vez, con una racionalidad como virtud legislativa, en la que juega una buena fe en la discusión llevada a cabo por el parlamento, que sin más para alcanzar consensos se puede apelar legítimamente a la decisión mayoritaria, lo que según esta doctrina es la forma más ortodoxa para resolver desacuerdos entre portadores razonables de derechos (Waldron, 2005). Tan es así, que dicha deliberación es una de las opciones que pueden brindar un resultado mejor, entendiéndolo según Aristóteles, que, “los muchos, cada uno de los cuales es en sí un hombre mediocre, puede, sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquellos (la minoría selecta), no individualmente sino en conjunto (Aristóteles, 2005).

No obstante, al arremeter contra la idea de la votación como instrumento apto a la hora de tomar decisiones es muy factible, pues con la teoría de la constitución a la cual se hace referencia con periodicidad a una concepción de la arbitrariedad que toma la decisión de la mayoría legislativa, deja a pensar lo que sería una versión mayoritaria del control de constitucionalidad, y saber en que reposa su legitimidad, a pesar de que se manifieste que no existe una diferencia estructural en la forma como se toman las decisiones en el campo legislativo y el de la corte constitucional, pues una sentencia de constitucionalidad se resuelve igualmente a través del voto (Carbonell & Zagrebelsky, 2008).

Al situar en un espacio de igual al legislador y al juez constitucional, podría deliberarse sobre si existe o no razón para sobreponer un organismo sobre otro, esto sin dejar de lado que se está de frente a una sobreestimación hacia la voluntad y las elecciones en la configuración del derecho válido, sometiendo el ordenamiento jurídico a la simple regla de mayorías. En consideración a lo que Hart (1983) menciona; “sería como si en un debate importante se nos pidiera guardar respeto o tener deferencia hacia una opinión solo porque fue expresada por la persona que habla más alto” (p.75), ya que al hablar de validez y razonabilidad no ganan ni pierden autoridad por el número de votos a su favor, pueden hallarse o no, si consiguen mayorías suficientes en el congreso, esto entendiendo que la validez de una norma se lleva a cabo si se desarrolla de acuerdo a las competencias constitucionales del legislador.

El problema se acentúa cuando se está ante democracias débiles y desestructuradas, en las que no existen más que un rango de mayorías poco organizadas y que atienden sin más a lo que marcan las circunstancias, que en pactos de poder naufragan sin un rumbo definido, para luego decaer en las puertas de la tiranía sin límites, que sin más, viene a ser visto desde el mismo parlamento que muy pocas veces presenta un debate abierto, público y transparente, sin importar las opiniones y representaciones, que por otra parte no hace más que demostrar el juego de poder en el que dejan de ser mayorías sólidas para convertirse en oposiciones duras.

Así las cosas, se ha venido insistiendo en el concepto de partido perilla (Seiler, 2001), entiéndase un parlamento conformado, por tres partidos, dos con el 40% y uno con el 20%, en este caso ninguno de los partidos con mayor representación alcanzaría una mayoría sin el respaldo de este último, pues poseería un poder pragmático igual o incluso superior que el de otros dos partidos, de allí se reconocen como la problemática que surgen de someter el

ordenamiento de derecho a una simple regla de mayorías, que a fin de cuentas no son más que ilusorias.

En referencia a ello, en el mismo tribunal constitucional: “todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo” (Carbonell & Zagrebelsky, 2008), dejándonos en un contexto en el que la Corte Constitucional también estaría la posibilidad de un voto de perilla.

Si convergen en las votaciones, hay que preguntarse ¿por qué esta doctrina de la virtud legislativa da la prioridad al parlamento sobre el tribunal constitucional?, la respuesta que se ha dado, es que dejar una discusión a un grupo determinado de personas sin representatividad resulta antidemocrático y arbitrario (Waldron, 2005).

Tesis que nos lleva a discutir el extremo de una soberanía parlamentaria con irresponsabilidad jurídica que se decanta políticamente hasta la radicación de una tiranía; así como en la doctrina se habla de la ley votada como algo indiscutible: “Una vez votada por el parlamento se merece todo el respeto que el estatus de la comunidad le confiere, sin perjuicio de los méritos sustantivos de su contenido” (Waldron, 2005).

Entonces, ¿Quiere decir que no existiría en este orden de ideas una pretensión de justicia en esta doctrina?, según lo entendemos, sí. Lo anterior obedece a la indeterminación de los valores y la libertad de configuración de los mismos a través de reglas de votación y elección, así todos opinaran lo que consideren diciendo: “Esto es lo que realmente exige la justicia; y las teorías que sostienen los demás ciudadanos y que rivalizan con la mía en el debate público, están sencillamente equivocadas”⁵.

Frente a esta teoría se estaría recusando a la posibilidad de contenidos morales en el derecho, y más aun promoviendo radicalismo al interior de las naciones, como el waldron al decir “¿Cómo podría alcanzarse un compromiso sobre la justicia? Ceder un centímetro a mis rivalidades sería como admitir que la sociedad no está siento todo lo justa que debería ser” (Waldron, 2005, p.242).

Quedando claro, que estas afirmaciones no son más que puntos ciegos,

⁵ Muchas veces las sociedades nos son tan justas como pueden ser, de hecho, muchas ocasiones son abiertamente injustas en la producción y aplicación de normas, bien se dice popularmente en Colombia la ley es para los de ruana.

que parecen ignorar los momentos de la historia en que ha existido un convencimiento, al unísono, de verdades que fueron reevaluadas, tales como la tierra no es plana, demarcando que a través de los fanatismos es imposible la materialización de una democracia. Del mismo modo *el libertinaje en la configuración legislativa* confunde los conceptos del derecho y los derechos (Bentham, 2010) del primero nacen los segundos igualdad, familia y libertad, sobretodo existen jurídicamente por ser reconocidos y expresados en el orden jurídico, aunque una vez promulgada la norma que reconoce principios y valores a título de derechos, tienen vida jurídica y han de ser interpretados conforme a, pretensiones con miras axiológicas, no simples letras en un papel. Los derechos positivizan y no son simples abstracciones indeterminadas (Bentham, 2010), que requieren una claro y concreto respeto por la justicia, indeterminada por esencia, pero siempre perseguible.

Entre tanto enuncia Waldron (2005), este modelo de teoría política: “todos deberíamos considerar nuestra concepción de los derechos como una opinión o una posición particularmente bien construida que, en líneas generales, pudiera ser sostenida por todos los ciudadanos” (p.273). A pesar de ello, si llegáramos a someternos de manera absoluta a las consideraciones que el parlamento en su legitimidad emane, implicaría dejar de lado la constitución y supeditarse a la discrecionalidad del legislativo al aplicarla.

Con todo aquello, se entra a cuestionar lo que Waldron dice: “y una vez que una norma jurídica ha sido aprobada por el poder legislativo, ya no se requiere el uso de ningún juicio moral para su identificación, interpretación o aplicación” (Waldron, 2005) en ocasión que en la realidad necesariamente es requerida la interpretación, sumándole la existencia de los actos humanos, en la prescripción jurídica que se mueve en conexidad a la decisión judicial, por esta razón se abordan dos parámetros; El primero, en el cual es pertinente distinguir entre norma constitucional y legal. Se reconoce que la producción del legislador no está ausente de los respectivos controles, pues una ley es válida si respeta el apartado constitucional, que explícitamente consagra las competencias que posee el legislador, sin más, es inaceptable que este utilice dichas competencias y contradiga el contenido de la constitución, en la que es ella misma la que establece los límites al legislador ante posibles intervenciones que pretendan una sustitución a la constitución.

Como segundo, es loable dejar en evidencia la diferencia entre derecho positivo y moral en la creación de normas, no en su validez o aplicación, por ello resulta aceptable, mencionar que el derecho funciona a partir de sus

propios cimientos, los cuales no pueden quedarse en la mera manifestación de la voluntad del legislador, dado que, existe el límite constitucional como norma de normas y requiere que este revestida de una interpretación por parte del fallador.

Una interpretación constructiva de la tesis de la virtud legislativa consiste en aceptar su legitimidad para regular las problemáticas sociales si cumple con determinados requisitos, así las decisiones se toman tras debates, exposiciones y argumentos (Waldron, 2005).

En efecto Waldron (2005) manifiesta:

La democracia es el gobierno mediante la discusión pública libre y racional entre ciudadanos legalmente iguales, y no simplemente la imposición de la voluntad de la mayoría. No se debería dar autoridad soberana a cualquier voluntad, sino a una voluntad formada en un debate ampliamente abierto y dinámico. El derecho jurídicamente garantizado de oponerse es en consecuencia fundamental del gobierno democrático; proporciona una pre condición esencial para la formación de la opinión pública democrática (p.231).

De esta manera, el control de constitucionalidad está establecido para que en torno a la norma de máxima jerarquía (constitución), se garantice la existencia de normas respetuosas del sistema democrático de derecho (Ferreira, 2007), es por tanto una opción basada en el derecho (Waldron, 2005), con el fin de proteger la democracia ante los desvíos que, escudándose en la misma tenga una mayoría parlamentaria.

Si una norma es producida bajo los parámetros ideales de racionalidad discursiva y respeto por los otros participantes, seguramente será válida en el sistema de derecho, no obstante, si no lo es y constituye una vulneración a los marcos dogmáticos u orgánicos de la nación el control judicial debe interferir. Después de todo, la riqueza de las múltiples intervenciones en un parlamento se ve aumentada cuando la participación general se da con otras ramas igualmente.

Bajo el denominativo de la mal llamada objeción democrática, se desestima el control de constitucionalidad, se vislumbra, como en la doctrina se reducirá a una expresión solapada de sometimiento a la arbitrariedad de los políticos, amparándolos caprichos de estos en la armadura de lo razonable en la política,

es decir algo arbitraria que se justifica cínicamente (Waldron, 2005).

Es de resaltar como en Colombia se han visto más alcances de racionalidad en las decisiones de la Corte Constitucional, las cuales residen en su precedente, debido a sus cargas argumentativas que, si bien no son perfectas, estas no se ciñen a espectáculos que se alejan de todo fin democrático como los que se presencian en el legislativo. Desde allí es cuestionable, como desde la teoría no se le puede dar al legislativo, lo que en la práctica desestima con sus actos.

Es así como, en el análisis de la sustitución, la cual ha sido blanco de dos categorías, una de ellas la improcedencia del control sobre los actos reformativos y por otro lado la objeción democrática, configurando la paradoja y la falacia sobre la teoría de la sustitución; en la paradoja se presenta la inexistencia del control de fondo sobre un acto reformativo a la constitución, donde hay que estar al tanto de que no se presenten vicios en materia de competencia al momento de llevar a cabo este proceso, que ocasionen un cambio materiales a la misma constitución. En lo que concierne a la falacia “objeción democrática” se sobrevalora el que puede o no un juez. Que no es elegido popularmente, tomar decisiones contra los representantes de la mayoría.

El último argumento, que se considera el más desarrollado en la doctrina de la objeción democrática es el del actor racional que aplica tanto para el juez como para el legislador diciendo que: la participación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los razonables portadores de derechos discrepen acerca de qué derechos tienen (Waldron, 2005).

Dicho de otra forma, un actor racional puede fácilmente estar en desacuerdo, bien sean los magistrados de la Corte Constitucional en votaciones, bien sean los parlamentarios. ¿Por qué primaria, sino por razones subjetivas individuales, gastar más presupuesto en salud o en educación?, ambos como derechos reconocidos; o ¿por qué primaria la necesidad de justicia o de paz en una comunidad? Estas son razones de la persona. Entonces, si lo que define la acreditación de un derecho es esa construcción consensual de los individuos como actores racionales ¿no pueden otros individuos que también son actores racionales como la Corte, disenter de esa posición?

¿Por qué si el congreso considera que hay que invertir más presupuesto

en educación, podría la Corte Constitucional imponerse y ordenar invertir en salud? Es realmente cierto siempre que se trate de actores racionales. Si el legislador escogió invertir en salud y no en educación porque considera que es prioritario, es válido. Pero si se desprotege otro sector, no estaríamos frente a un actor racional sino irracional. Entonces el colapso de la tesis mayoritaria o de la objeción democrática viene en que está condicionada a la racionalidad del actor. Si este no es racional, difícilmente puede ser una objeción aplicable; lo que tiene problemas descomunales en nuestras democracias, como la concebida corrupción y los problemas de representatividad material, e incluso la crisis misma del legislativo que pareciera no actuar en representación de intereses sectoriales aceptables.

Por ejemplo, cuando terminan en la cárcel sesenta congresistas por apoyo paramilitar, difícilmente se cree que se esté hablando de condenaciones racionales de derechos y en prevalencia del uno sobre el otro. Entonces si ese es el actor racional, este termina siendo la misma estabilidad del argumento democrático. Y esta es la definición que se tiene desde los tiempos de Aristóteles en la diferencia fundamental entre el *nomoi* y el *psephismata*. En nuestro léxico, la diferencia entre democracia y demagogia; “yo puedo regular cosas, discutir las, tener una preferencia sobre otras”, pero cuando se están atacando elementos estructurales de la nación, no se está ejerciendo democráticamente sino se está ejerciendo demagógicamente. Y esa es la concepción estructural que nos permitiría justificar la teoría del control de la sustitución de la Constitución a pesar de la objeción democrática. Que al final no sería una objeción democrática porque la democracia implica el respeto de un estado social de derecho que está compuesto por los dos famosos elementos del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: los Derechos Fundamentales y la división de poderes.

Si no se tienen esos dos elementos, orgánico y dogmático, derechos y división de poderes, no se tiene un estado social de derecho y por lo tanto tampoco una democracia. Por ende, no existe una verdadera tensión entre el principio de supremacía constitucional y el principio de participación democrática como choques excluyentes tratándose de las reformas constitucionales, sino que al contrario debe ser un desarrollo conjunto y equilibrando para que en realidad se pueda seguir hablando de supremacía constitucional y de respeto democrático.

2.2. Un problema conceptual, una vez más, *¿qué es democracia?*

El tema en curso de la mal llamada objeción democrática, se centra en

resaltar el valor representativo del parlamento en una clara concepción de democracia representativa, así la expresa (Luchaire, 1997) al sostener que la democracia consiste en otorgar el poder a los elegidos, no a los jueces, quienes de hecho no lo desean. Ahora al hablar de un gobierno de los jueces sería un error, puesto que ellos no quieren gobernar, pero se les obliga a determinados momentos a hacerlo.

Seguidamente, puede darse respuesta a estas problemáticas si, de postulan con más precisión, donde el papel de los jueces que sin más es el de aplicar la constitución, ejercicio que no los convierte en gobernantes, pensar que otros órganos jurisdiccionales son jueces constitucionales, aunque no lo sean de la ley, sino de las normas infra-legales o actos administrativos (Drago, 2006).

Detengámonos entonces un momento en entender qué es la democracia y su relación con la regla de mayorías, históricamente, los sistemas políticos propios de la democracia occidental, mejor conocidos como sistemas democráticos, han sido aquellos donde se da aplicación a la regla de mayoría; la cual predomina en la elección de aquellos a quienes se les otorga poder para tomar de decisiones que involucran a la comunidad, al igual que en la formulación de decisiones de los cuerpos colegiados.

La concepción de la democracia más tradicional, se toma desde el gobierno del pueblo; terminología que se desprende de su etimología *demos* (pueblo) y *tratos* (gobierno), recayendo en la dirección de las mayorías, contrario a otros conceptos como el de la oligarquía, que se limita a un gobierno en quien detenta el poder económico, la monarquía cuyo gobierno corresponde a una persona en razón de un linaje familiar, la anarquía con un gobierno acéfalo entre otros; sin que esto signifique que en estos regímenes el poder político se ejerza a través de la regla de mayoría (Bobbio, 2003).

Al mencionar democracia y mayoría, están tienden a tomarse e manera similar, prácticamente como sinónimas, de acuerdo a la unión que adquiere cuando se habla de gobierno de la mayoría nos sitúa en el campo de la democracia, sin embargo esta creencia dista mucho de la realidad; existen sistemas políticos no democráticos que hacen uso de la regla de la mayoría y a su vez sistemas democráticos que no se rigen por la regla de mayoría, sin que por esa razón pierdan su carácter democrático (Bobbio, 2003).

Ejemplo de gobierno donde los órganos no son propiamente democráticos, sino órganos de carácter constitucional, tenemos a Mussolini, cuando cayó

por la moción de censura por regla de mayoría por el consejo de fascismo, se llevó a cabo dentro de un sistema que luchó en contra de la democracia (Bobbio, 2003). Siendo así, no ha dejado de ser crítica el gobierno de las mayorías, no solo porque tenga una regla de decisión eminentemente aritmética y desprovista de cualquier valor, sino porque facilita a que minorías se abroguen la legitimidad a nombre de una mayoría ilusoria; de esta manera no será difícil imaginar una elite económica que obtiene una ventaja en determinadas elecciones y se presenta como representante de las mayorías y del interés general. Las críticas a este gobierno radican en que sus tecnicismos suelen ser utilizados a conveniencia incluso por las minorías que pretenden acceder al poder y pretender legitimarse en el gobierno (Bobbio, 2003).

La regla de la mayoría ha sido considerada por muchos como irracional, debido a que los criterios meramente cuantitativos usados en su aplicación se convierten bajo su imperio en cualitativos, lo cual resulta ser poco conveniente en el entendido de que por el simple hecho de la superioridad numérica no se tiene indudablemente traducida la voluntad popular, aunque adoptando la concepción Weberiana tendríamos que la regla es racional basándose en criterios axiológicos, o lo es bajo lo racional de su objetivo (Bobbio, 2003). En este punto es importante resaltar que la regla de la mayoría no es entendida exclusivamente como base de la democracia, sino que esta misma sirve para la formación de la voluntad colectiva dentro de cualquier grupo organizado (Bobbio, 2003).

Para Kelsen el principio de la mayoría y el de democracia son recapitulaciones de los ideales de libertad e igualdad. Ciertamente esa percepción sobre la democracia y las mayorías deriva de una infundada legitimidad que se le otorga a las mayorías escalonándola como garante del principio de igualdad, hay que tener en cuenta que no siempre estos dos conceptos coinciden de manera tal que el principio de mayoría siempre será necesario, contrario sensu de lo acontecido con el principio de igualdad, ya que no es posible asumir la idea de igualdad como justificación de una virtud y legitimidad legislativa (Bobbio, 2003).

De todos modos, se enuncia “la teoría que rechaza el instrumentalismo de los derechos, y que sostiene en cambio que los portadores de derecho a resolver por sí mismo los desacuerdos de los derechos que poseen en términos de igualdad, es la única teoría basada en derechos de la autoridad plausible que queda en pie” (Waldron, 2005).

Agregando a lo anterior, que se confunde la rama legislativa con la soberanía popular y un método para la toma de decisión con autoridad sin límites del mismo, inimportar si esa representatividad se traduce o no en autentica voz en nombre del interés general (Higuera & Torres, 2018).

El sistema político democrático, descansa no en el principio de la mayoría sino en el de sufragio universal, mejor aún, este principio de mayoría aplicado a las votaciones con sufragio universal. Ya que lo que se pretende con el sufragio es determinar garantías de los derechos y libertades, de la misma manera que propender por el respeto del multiculturalismo en tendencias políticas, la libre competencia entre las mismas resaltar la importancia del voto secreto (Bobbio, 2003).

Antes bien, al darle aplicación a la regla de la mayoría no se pretende darle alcance más allá de lo permitido. Entre tanto que no es posible que esta tenga la capacidad de ampliar derecho tales como la libertad o hablar del mismo consenso; pues el fin último de esta regla es ampliar el alcance del número de individuos que votan por determinada opción, prefiriendo otra distinta a la escogida (Bobbio, 2003). Simultáneamente, hay que constatar que cuanto más grandes sean las mayorías y mayor acuerdo tengan entre ellas, será difícil que el voto sea ejercido con libertad; sirva como ilustración cuando se da el consenso tácito, es decir, si en una votación nadie hace oposición se da por entendido la aprobación (Bobbio, 2003). contexto que implica que la regla de la mayoría aplicada como instrumento, entendiendo que un consenso unánime es lejanamente alcanzable y en cuyo caso las objeciones que lleguen a presentarse serán inmediatamente reprimidas, por lo que se tendrá que hacer uso de la regla mayoritaria (Bobbio, 2003).

Se encuentra que, en algunas sociedades numerosas, los grupos organizados actúan como agentes importantes, en la resolución de conflictos y negociaciones, donde el gobierno se limita a desempeñar una función observadora o árbitro, es decir, visto como un garante del cumplimiento (Bobbio, 2003). En sociedades desarrolladas económica y socialmente, se haya más identificado el desarrollo político, lo que contemporáneamente se llamaría, policráticos o policéntrico. De esto se sigue, que mientras en un Estado monocrático aquel que la voluntad colectiva se taxativa en la ley, sin importar si esta es promulgada por el gobernante, y un estado policéntrico por el contrario se expresa por el contenido (Bobbio, 2003).

En la parte esencial de la democracia se está ante la presencia de una tensión

entre mayorías y minorías, y responder a sus demandas. Su importancia radica en que, de esta forma, se crea un factor favorable para ambos extremos de la balanza, pero se debe verificar al interior de la mayoría el momento en que se da la formación, puesto que esta no se crea de la nada (Bobbio, 2003). Dinamismo que, sin más, deja sin garantías concretas, pues mientras una gana la otra pierde, contrario a que sea que ambos extremos ganen, tal como sería si llegasen a un contrato, que genera el cumplimiento de un compromiso adquirido para ambas partes, pues en ese contrato de intercambio ambos encuentran conveniencia; hablando como regla general, pero como hay excepciones sería negativo en el caso de que alguno de los contratantes incumpla y engañe al otro (Bobbio, 2003).

En el fondo queda claro, como no siempre son las mayorías las que se benefician, esto en cuanto, se llegue a un acuerdo entre partes, detalladamente entre aquellos monarcas absolutos y aquellas clases con participación en el gobierno (Bobbio, 2003). En resumen, al mencionar como el principio de las mayorías influye como condición necesaria pero no imprescindible en la democracia, debido a que deben existir más presupuestos al confluir con la democracia; que hace menester resaltar que no es concebible una democracia sin que medie la presencia de un contrato social, esto, para el establecimiento de reglas fundamentales de convivencia, como integradoras de la sociedad (Bobbio, 2003).

2.3. Consideraciones finales sobre democracia.

El termino democracia constitucional es definido como el tipo de organización jurídica de los Estados en los cuales la soberanía pertenece al pueblo que conjuntamente ha adoptado los principios del constitucionalismo (Ferreyra, 2007). Principios que sin más son reconocidos por el pueblo en su condición de constituyente primario como fundamentos organizadores de la sociedad, las instituciones, y los valores básicos que se han de respetar el conjunto de estas prescripciones están consignadas en la constitución, respecto de la cual su respeto es una condición necesaria para el establecimiento de una democracia constitucional, esta organización política es por consiguiente indisoluble de un control efectivo de la conformidad entre las normas de inferior jerarquía y las prescripciones constitucionales (Rousseau, 2006).

Aun cuando, no se debe simplemente a que un estado pretenda tener un régimen político compatible con las exigencias inherentes a la democracia constitucional, esta afirmación corresponde a la realidad misma en el desarrollo

de los derechos, será necesario siempre en el marco de un análisis jurídico examinar la conformidad de tal manifestación con la realidad de la constitución ¿, para lo cual es indispensable un órgano de control de constitucionalidad, encargado de hacer efectiva esta democracia constitucional (Drago, 2006).

Es la Corte Constitucional como encargada del control de constitucional, que extendido en términos rossinianos es el productor de una forma de democracia que lo legitima (Rousseau, 2006); el producirá el contenido de esta representación de democracia con la restructuración dogmática de las reglas que se impone a todos los órganos del Estado, fundamento de la democracia (Favoreau, 1996).

Como muestra se tiene que desde gobiernos totalitarios como democráticos los cuales, actúan sobre un ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que los primeros prohíben tajantemente una discusión sobre derechos, frenando el surgimiento de otras posibilidades. Las verdaderas democracias dejan la cuestión de los derechos abierta, porque su lógica es la de no reconocer ningún poder público como absoluto (Rousseau, 2006). La actividad del Órgano de Control de Constitucionalidad encuentra su valor, como campo de evolución y adaptación contante de las reglas, valores y principios, para impedir toda suerte de monopolio sobre las ideas y el derecho, al ejercer un control negativo sobre las normas no se convierte en un riesgo, pues la legisladora continua con el monopolio sobre la creación de normas, pero estas tienen límites en la democracia misma, este es valor de un Tribunal constitucional (Drago, 2006).

Bajo estas circunstancias, el proceder que tiene el juez, en ocasión del control de constitucionalidad hace parte del ejercicio democrático, determinado por las características propias de una nación que se conducen en un campo netamente constitucional, que se expresa en los principios y fines en los que se moviliza una comunidad. Por ello es pertinente hablar de que ante la ausencia de una toma de conciencia curso de una dominación política, es importante que no se deje de lado, lo que en una constitución rígida se encontraría la posibilidad de impugnar actos estos en consideración a su inconstitucionalidad, pues sería irrisorio que una constitución en la cual los actos inconstitucionales sigan conservando su validez, al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad, equivale desde el punto de vista propiamente jurídico, a poca más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria (Kelsen, 1962, p.150).

En su divergencia la carta ofrece una construcción a partir de la democracia

y más soportada en la regla de las mayorías, sin lugar a la destrucción de la misma, ya que esta, ubica dentro de sí al control de constitucionalidad, que sin más trabaja muy de la mano al Estado Social de Derecho, lo que en dicho contexto evidenciaría la labor del juez como parte del ejercicio democrático (Tobo, 2004); lo que nos deja entorno a la premisa de como un gobierno de los jueces, no tiene procedencia, pues este en su tarea está operando solamente en un marco constitucional, y donde mucho menos puede hablarse de democracia cuando los mismos elegidos por el pueblo no tienen ningún control en su actuar.

Sumado a lo anterior, la constitución como norma jurídica con plena pretensión de aplicación implica que no existen en realidad actos políticos exentos de control constitucional, como lo plantease la teoría del derecho administrativo, pues aun esos criterios tienen límites orgánicos y dogmáticos ¿Qué decisión aún con todos los acuerdos políticos y votaciones puede ser validos en una democracia, si consiste en vulnerar derechos fundamentales? Que, en otras palabras, en la constitucionalización de la política, efectivamente hoy se asume la configuración de las relaciones entre los componentes del aparato estatal como relaciones entre organismo u órganos dotados de competencia contempladas en el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, susceptibles de ser sometidas a control en caso se ejerzan indebidamente (Donayre Montesinos, 2006).

Como autoridad que vela por los mandatos constitucionales, el juez constitucional puede ser independiente del resto de la rama de la justicia, pero su labor debe ser claramente jurídica, dicha autonomía ya sea como rama propia, no acentúa en nada la problemática derivada de sus competencias. Que, en el fondo, el choque de trenes se ha dado tanto en Italia como en Colombia, y en ambos casos se cuentan con claras competencias para garantizar la supremacía e integralidad de la Carta Magna, claro ejemplo es el Tribunal Constitucional en vigencia de la ley fundamental Bon (Tarapúes Sandino, 2007).

Del mismo modo el juez constitucional como el legislador están sometidos a la constitución ¿cuál es su diferencia? (Tobo, 2004); como bien se ha precisado existe contenido político en el control de constitucionalidad, pero este en función estrictamente jurídica, lo que dista de las otras ramas en que se dividen las funciones públicas, las cuales también están sometidas al derecho, pero tiene una prioridad política.

La primera diferencia radica en el modo de elección, muy cuestionada al juez constitucional por no ser originaria del pueblo, argumento que al

mismo tiempo sirve para definir la naturaleza política de sus funciones, el entramado de la elección de los jueces, se encuentra en sus calidades profesionales, los cual hace que mantengan independencia para desarrollar sus providencias no solo respecto de otras ramas, sino independencia de las pasiones y mareas de la vida política (Carbonell & Zagrebelsky, 2008).

Adicionalmente, hay que resaltar que los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado, de ternas, enviadas por el presidente de la Republica, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, así se evidencia una alta participación de la judicatura, en la elección de los magistrados, si se quiere ver numéricamente seis de los nueve magistrados en Colombia son propuestos por la rama de la justicia.

Un segundo tenor, hace referencia al control jurídico y al control político, distinción que reposa en la democracia, pues todas las actuaciones deben ser susceptibles de control judicial, en el cual no se analiza conveniencia o calidad de la decisión sino el respeto que la misma debe a los marcos generales de la sociedad (Santofimio, 2003), pues al ser un Estado Social y Democrático de Derecho, está estructurado para que no sean los mismos integrantes del Congreso quienes se juzguen así mismos, sino que sea un órgano aparte.

De aquí, que provenga una ausencia de discrecionalidad en las decisiones del juez pues el resuelve en derecho, no existen ámbitos de libre configuración, como si sucede con el legislativo. La exigencia argumentativa es propia del control de constitucionalidad como ejercicio jurídico. Actualmente en la técnica del control de constitucionalidad se obliga al órgano encargado de velar por la integridad de la Norma Suprema a explicar mejor las razones que sustentan sus decisiones para evitar las causaciones de arbitrariedad y falencias de orden formal o sustancial en el procedimiento contencioso constitucional (Bernal Cano, 2004, p.43).

Existen claros efectos de las exigencias en el razonamiento argumentativo de las decisiones de constitucionalidad, pues las debilidades argumentativas de providencia harán que esta se amase fácilmente revaluada en el futuro una idea en derecho que pretenda ser estable y duradera debe estar bien fundamentada, sino tambaleara por sus propias fallas (Bernal Cano, 2004) y bien sabido que a ningún juez le gusta que se revoquen sus decisiones. En todo caso no sobra insistir que la débil argumentación es una causal legítima para apartarse de un precedente.

Precisando en (Montesquieu, 1977) la rama menos peligrosa es la judicial, pues pose la balanza, no la espada, así mismo, en el caso del presidencialismo colombiano se hace no solo menos riesgo, sino más aún podría pensarse en que es necesaria fortalecerla, pues existe siempre coherencia entre el legislativo y el ejecutivo.

Por ultimo de manera constructiva, en lo que refiere López Daza al manifestar que Colombia no tiene un gobierno de los jueces, y que por el contrario se está en una democracia con una fuerte jurisdicción constitucional, la cual es justificable en una nación que pretenda entregar un poder al estilo de Estado absolutista al legislativo.

CONCLUSIONES:

Se ve finalmente como el término “gobierno de los jueces”, es la forma peyorativa en la que se refiere un sector de la doctrina a la democracia constitucional, intentando desestimar el control de constitucionalidad en favor del legislativo.

Se ha visto como el control de constitucionalidad en colombiana está concentrado en las acciones contra las leyes y difiere por las acciones constitucionales y las sentencias de constitucionalidad, en tanto que el consejo constitucional ejerce un control concentrado a priori sobre las leyes que al mismo tiempo restan según los criterios formal y material. El riesgo es igual otro y eso nada nos dice, en cambio su naturaleza y competencia existe y debe ser bien entendida.

La garantía de derechos se hace difícil mas cuando se está ante un enfrentamiento del estado por se reconocimiento y mas que no haga latente su vulneración es por ello que a pesar de que radique en el legislativo la titularidad de los intereses de la población, queda muy soterrada dicha representación, puesto que es en ella misma donde más abandono y desestabilidad de los derechos se produce, por la influencia sectorizada y de favoritismos políticos, contraria la protección que la Corte ha otorgado, en función de la constitución y que demuestran en su impacto una acción más democrática. Ligado a que todo hace parte de la necesidad de los derechos de buscar la vía más indicada para su protección, al punto que grandes crisis humanitarias como el desplazamiento forzado, han sido atendidas con más eficacia y pertinencia por jueces constitucionales que por el ejecutivo o el legislativo (Higuera & Velásquez, 2018).

Las críticas ignoran dos cosas: de un lado los ciudadanos como comunidad pueden actuar sobre sus normas, claro, pero en calidad de constituyentes ese es el mecanismo adecuado, mal puede abrogarse una competencia al legislativo para, en nombre de la democracia, destruirla. Esto igualmente debe ser desarrollado por ciudadanos libres, entendiéndolo bajo la premisa sartreana en la que “el hombre está condenado a ser libre”, y reflexionando en una nación de Sócrates, pues el Sócrates aislado es condenado a la cicuta, en evidente violación de garantías fundamentales.

Por último, y en un lineamiento hermenéutico racional, han de ofrecerse argumentos cavales y acordes a los elementos facticos y al eje bajo el cual están trabajando las instituciones, pues las réplicas no pueden hacerse a una corporación en abstracto, es necesario evaluar, el sistema de selección de los dignatarios de la rama judicial, el sistema de carrera, su periodicidad, seriedad, y transparencia, la objetividad en las intervenciones entre ramas del poder público, como la elección de magistrados por parte del senado y la capacidad de permanecer independiente una justicia en un contexto de violencia como el colombiano (Avella & Higuera, 2018).

Referencias

- Aparicio Perez, M. (1983). Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial. *Revista jurídica de catalunya*, 82(4), 935-968.
- Aristóteles. (2005). *La política*. Madrid: Istmo.
- Avella, C. & Higuera, D. M. (2018). Contextualización: la guerra en Colombia, contexto de las víctimas con miras a la justicia transicional. En Higuera, D. M., Camacho, M. & Archila, C. M. (2018). (Comp.). *Guerra en Colombia: Contextualización para el reconocimiento de las víctimas con miras a la justicia transicional*. Colombia, Sello Editorial Coruniamericana. Barranquilla
- Bachof, O. (1985). *Jueces y constitución*. Madrid, España: Cuadernos Civitas.
- Bentham, J. (2010). *Supply Without Burthen: Or Escheat Vice Taxation*. London, England: Gale Ecco London Print Edition.
- Bernal Cano, N. (2004). *Los efectos de las decisiones de los tribunales en Francia y en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de la Sabana.
- Bobbio, N. (2003). *Teoria general de la política*. Trotta.
- Caps, P. & Constantinesco, V. (2006). *Droit constitutionnel*. Thémis droit.
- Carbonell, M. & Zagrebelsky, G. (2008). *Juez constitucional. Estudio Constitucional* (2), 561-565.
- Donayre Montesinos, C. (2006). *El juez constitucional frente a los actos políticos, proposito de la interdicción de la arbitrariedad y la vigencia del derecho al debido proceso en sede parlamentaria*. II Congreso de Derecho Administrativo Contemporaneo. Lima, Perú.
- Drago, G. (2006). *Contentieux constitutionnel français*. París, Francia: Thémis droit. 2e édition.
- Eisenman, C. (1986). *La justicia constitucional y la alta corte constitucional austriaca*. Paris: Económica.
- Favoreau, L. (1996). *La constitutionnalisation du droit*. París, Francia: Económica.

- Favoreau, L. (1994). Los tribunales constitucionales. Barcelona, España: Ariel.
- Favoreau, L. & Jolowicz, J. (1986). Le controle juridictionnel des lois . París, Francia: Económica.
- Ferreya, R. G. (2007). Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Gastón, J. (1924). Le contrôle juridictionnel des lois, REvue du droit public. En J. Gaston, Le contrôle juridictionnel des lois, REvue du droit public (págs. 399-40, nota p, 422).
- Hamilton, A. (1988). Le federaliste . París: Económica.
- Hart, H. (1983). Positivism and the separation of law and morals. Oxford: Oxford.
- Higuera Jiménez, D. M. (2009). Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana. Tunja, Revista Principia Iuris No 12, p. 91.
- Higuera Jiménez, D. M. (2015). Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales Editorial Ibáñez ISBN: 978-958-749-475-4 V. 1000. P. 202. Bogotá, 2015.
- Higuera, D. & Torres, G. (2018). El control de convencionalidad como mecanismo de protección a los derechos de las víctimas en el caso colombiano. En Higuera, D. M., Silvera, A. & Ortega, J. D. (Comp.). (2018). Límites jurídicos de los Acuerdos de Paz: Límite constitucional e internacional en las modificaciones normativas. Colombia, Sello Editorial Coruniamericana. Barranquilla.
- Higuera, D. & Velásquez, A. (2018). Protección a los derechos de los desplazados, el estado de cosas inconstitucionales y las sentencias estructurales. En Higuera, D. M., Hernandez, O. & Cabrera, J. (Comp.) (2018). La población desplazada en Colombia. ¿Hacia un nuevo estado de cosas inconstitucionales? Colombia, Sello Editorial Coruniamericana. Barranquilla.
- Hobbes, T. (1992). Un dialogo entre un filosofo y un jurista y escritos autobiograficos. (M. Rodilla, Trad.) Madrid, España.
- Kelsen, H. (1962). Teoría pura del derecho. París, Francia: Dalloz.

- Lambert, E. (1921). *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Dalloz.
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la constitución*. Barcelona, España: Ariel.
- López Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. *Cuestiones constitucionales*, (24), 169-193.
- López Medina, D. (2007). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, Tercera Edición.
- Luchaire, F. (1997). *Le Conseil constitutionnel tome I, II, III et IV. (2e édit.)*. París, Francia: Economica.
- Meny, Y. (1996). *Politique comparee, les democraties Allemagne*. París, Francia: Monchestrein.
- Montesquieu, C. L. (1977). *El espíritu de las leyes*. Mexico: Porrúa.
- Rousseau, J. (1990). *El contrato social*. Madrid: Alianza editorial.
- Rousseau, J. (2006). *Droit contentieux constitutionnel*. París, Francia: Montchrestien.
- Roussillion, H. (2001). *Le conseil constitutionnel*. París, Francia: Dalloz.
- Sachica, L. (1988). *El control de constitucionalidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). *Administrativo, Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de Administración pública y derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Segado, F. (2009). «fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges». Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.
- Seiler, D. L. (2001). *La comparaison et les partis politiques*. Barcelona: IEPBordeaux. Recuperado de: https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_L194.pdf?noga=1

Tarapúes Sandino, D. F. (2007). El tribunal constitucional como poder autónomo en el sistema político colombiano. Santiago de Cali, Colombia: Criterio Jurídico .

Tobo, J. (2004). La corte constitucional y el control de constitucionalidad. Bogotá, Colombia.

Waldron, J. (2005). Derechos y Desacuerdos (Colección Filosofía y Derecho ed.). Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Zarini, H. (1992). Derecho constitucional . Buenos Aires, Argentina: Astrea.

APROXIMACIONES A LA FUNDAMENTACIÓN A LA LEGITIMIDAD POLÍTICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Gabriel Jesús Martínez*

* Estudiante de Derecho en la Universidad Santo Tomás, integrante del semillero Veritas est font libertatis, perteneciente al grupo de investigación Kairós de la UPTC. Jesús.martínez@uptc.edu.co

Resumen

El presente capítulo pretende sugerir una fundamentación a la legitimidad de la decisión política del juez constitucional cuando ejerce funciones de control de constitucionalidad en garantía de los presupuestos básicos del Estado social de derecho.

Introducción

En el presente texto se elabora una reflexión enmarcada en el método reconstructivo de orden hermenéutico-conceptual verificando los orígenes de lo que (Faralli, 2013), denomina como *la crisis del positivismo*; lo cual permite comprender las circunstancias que propician el surgimiento del nuevo paradigma constitucional en el derecho contemporáneo con lo que llega a remarcar el papel preponderante que cobra el juez constitucional dentro del neoconstitucionalismo. Posteriormente se esboza una de las críticas más significativas que recaen sobre el nuevo enfoque jurídico, siendo esta la que considera indebido el rol del juez como órgano político dada su naturaleza jurídica; planteada esta problemática se presentan los dos modelos de legitimidad política desarrollados por Martínez Ferro (2013) para concluir que el primero (legitimidad como legalidad formal y eficacia), debido sus fundamentos epistemológicos positivistas, formales de racionalidad instrumental, encuentra aplicabilidad dentro de un sistema jurídico legalista, positivista al que se considera decimonónico. Mientras el segundo modelo de legitimidad política (Legitimidad como legalidad democrática basada en la justicia, la razón y el consenso) al estar fundamentado en una racionalidad, práctica, axiológica y consensual se adapta en buena forma a las demandas del ejercicio político en el modelo jurídico contemporáneo. Finalmente se sugiera la relación entre el segundo modelo con los principales elementos de la actividad judicial cuando esta repercute en el ámbito político.

1. Positivismo en crisis y nuevo paradigma constitucional

1.1 Antecedentes

Una vía apropiada para adentrarse en la comprensión del surgimiento y consolidación del paradigma constitucional en la ciencia jurídica, es el reconocimiento del fenómeno positivista, de su acaecimiento, desarrollo y especialmente de su crisis.

Sobre los antecedentes, que comprenden la crisis del ius-positivismo y el consecuente surgimiento del constitucionalismo contemporáneo, o lo que es igual, la consecuente constitucionalización de los sistemas jurídicos, en principio se puede mencionar la crítica de carácter epistemológico que Edmund Husserl lleva a cabo cuando se dirige al método positivista en **las ciencias en general**, de acuerdo con Martínez Ferro (2013):

Lo que Husserl constata es el proceso mediante el cual la ciencia moderna lleva hasta sus últimas consecuencias la división cartesiana entre *res cognitae* y *res extensa* (...) la ciencia moderna presenta una realidad en donde solo hay lugar para lo objetivo- lo real cuantificable, pero no para lo subjetivo, a menos que lo subjetivo se reduzca al objeto. De aquí va a partir la crisis del hombre y las ciencias, que se plasma en la enajenación y alienación humana, en la incapacidad de las ciencias para ofrecer soluciones a una existencia enferma, en la incompreensión de los problemas de la existencia, y en la frustración de una ciencia que se declara incompetente para pensar en **valores y principios**” (p.13) (negrita fuera de texto).

A este panorama se suma el antecedente histórico caracterizado por la comisión sistemática de atrocidades vulneratorias de la dignidad humana, todas estas efectuadas y avaladas en el marco de sistemas jurídico-legales, formal y procedimentalmente validados, cuyo principal referente es quizá la experiencia derivada de los acontecimientos efectuados en la Alemania nazi del tercer Reich.

La crítica al derecho positivo radica en la posibilidad, que este modelo proporciona, de incluir cualquier tipo de contenido axiológico dentro de los elementos normativos del sistema jurídico, sin que esto afecte o influya sobre su validez, dado que esta se encontrará determinada de manera exclusiva por el cumplimiento de requisitos estrictamente formales; Carla Faralli sintetiza al ius-positivismo como “una teoría que estudia el Derecho en su estructura normativa, independientemente de los valores a los que sirve esta estructura, como también del contenido que ella encierra” (Faralli, 2013, p.13). No resulta difícil comprender la problemática que acarrea la definición de criterios estrictamente formales para determinar la validez de la norma en los sistemas jurídicos, los ejemplos históricos que dan cuenta de tal problemática van más allá del exterminio judío en el holocausto nazi; a través de normas debidamente validadas fue legal la política de segregación racial en Estados Unidos, el *Apartheid* en Sudáfrica, el estatuto de seguridad en Colombia, y muchos otros casos (Higuera Jimenez, 2016).

1.2 Fundamentación teórico-jurídica del debate

Dworkin-Hart

A nivel teórico- jurídico la crisis del positivismo se origina a partir de

la crítica de Ronald Dworkin a la teoría iuspositivista en la presentación Hartiana, crítica que tiene fundamento principalmente en la tesis según la cual “los ordenamientos jurídicos no pueden ser reducidos a meras estructuras normativas” (Faralli, 2013, p.15), con lo que sobresale junto a las (*rules*) los (*principles*) que están orientados a objetivos como el **bienestar general** y a valores como los **derechos individuales** (Faralli, 2013) (en estos dos elementos reposa el primer criterio de unidad jurídico política de la decisión judicial, al mismo tiempo que constituye la primera tensión entre derecho y política, democracia y constitucionalismo. Sobre estos elementos corresponde establecer relación respecto al criterio de legitimidad política en la decisión judicial, a partir del modelo de legitimidad como legalidad democrática (NOTA mía para avanzar)

Hart

Ciertamente Herbert Hart, de línea analítica, positivista, por medio del estudio del lenguaje consigue reformular el ius positivismo, con la postulación de los *casos fáciles y difíciles*, de la clasificación jerárquica de las reglas y la regla de reconocimiento, el *test de linaje o pedigree*, y la discrecionalidad del juez como creador de derecho.

Partiendo del presupuesto de la vaguedad del lenguaje jurídico Hart delimita el campo de acción judicial por medio de la distinción *entre casos fáciles y casos difíciles*, siendo los primeros, aquellos en los que la norma puede ser directamente aplicada por el juez para dar solución al caso, en tanto sus contenidos lingüísticos son suficientemente precisos, o existe un evidente consenso en su interpretación; al contrario los casos difíciles se presentan cuando los contenidos de la norma tienen una “textura abierta” que impide su aplicación directa, circunstancia en la cual corresponde acudir a la discrecionalidad del juez para solucionar el caso, pasando de ser aplicador a creador de derecho.

Por otra parte, Hart Incorpora el concepto de *regla*, al enunciar la siguiente tipología:

Reglas primarias: que ordenan o prescriben conductas. *Reglas secundarias*: que facultan y regulan la aplicación o creación de las reglas primarias, *Regla de reconocimiento*: Criterio último para la determinación de validez de las normas a través del test de linaje; esta regla no admite examen de validez puesto que no existe en el sistema jurídico una norma de mayor jerarquía, en consecuencia su validez es meramente fáctica.

En el sistema normativo, según Hart, la validez de las reglas se determina por medio del examen de linaje o *pedigree*, de manera que una norma será válida si ha sido expedida de conformidad con lo establecido por otra de mayor jerarquía y esta última a su vez deberá satisfacer el mismo requisito hasta llegar a la Constitución, que es el criterio supremo de validez. La Constitución encuentra validez en la regla que establece como derecho todo aquello que esté contenido en la misma, esta es la *Regla de reconocimiento*, de la que no es posible predicar validez a través del examen de linaje, puesto que no existe regla de mayor jerarquía que la determine; su validez es fáctica, empírica, una cuestión de hecho.

De esta manera, ante la imposibilidad de identificar una regla mediante referencia a la regla de reconocimiento, o al verse abocado a resolver un caso difícil; el juez tendrá discrecionalidad para decidir.

En resumen la teoría jurídica de Hart puede ser brevemente sintetizada en las siguientes premisas: “1) El derecho es un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento; 2) ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen discrecionalidad para decidir el caso; y 3) los derechos y las obligaciones pueden derivarse solo de reglas jurídicas cuya validez puede ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento” (Rodríguez, 1997, p.36).

Dworkin

Ronald Dworkin sustenta su oposición hacia Hart señalando que este desconoce la existencia de principios junto a las reglas en el sistema jurídico, toda vez que dichos principios no son identificables mediante el test de linaje, sin embargo hacen parte sustancial del sistema normativo y son aplicados constantemente por los jueces en sus decisiones sobre los casos difíciles, sean estos originados por la vaguedad en el lenguaje, la textura abierta de la norma, el escaso consenso en la interpretación, o bien, la falta de referencia hacia la regla de reconocimiento, de la regla aplicable; de manera que bajo ninguna circunstancia el juez debe fungir como creador de derecho valiéndose de su discrecionalidad, sino que su labor se limita a la de interprete y aplicador del mismo, apoyado, cuando lo requiera, en principios.

Respecto a la afirmación que reduce el derecho a un conjunto de reglas

identificable por medio de la regla de reconocimiento, Dworkin señala su insuficiencia, según Cesar Rodríguez (1997), al establecer la distinción lógica entre reglas y principios, consistente en la manera como operan cada uno; la regla opera en una relación de “todo o nada” dado que determinan un precepto que puede ser cumplido o no, y tienen vigencia mientras no exista otra más reciente que la contradiga.

El primer aspecto se refiere a un hecho jurídico encuadrable en una premisa jurídica (regla) que da lugar a una consecuencia jurídica necesaria; esto es el silogismo jurídico que permite determinar si la norma se aplica o no.

El segundo aspecto del funcionamiento lógico de las normas atañe a la validez de la norma: una norma no es válida si existe otra más reciente que señale una disposición contraria, evento en el cual desaparecerá del sistema jurídico (nada puede ser y no ser al mismo tiempo) salvo que la segunda opere solo como excepción en circunstancias particulares de aplicación de la primera (pp.48-49).

Los principios, al contrario, no son aplicables en la mencionada relación “todo o nada”; estos no constituyen un vínculo inmediato y necesario entre los hechos y la consecuencia jurídica, sino que atendiendo a las particularidades del caso concreto, la aplicación de un principio puede implicar la inaplicación de otro, sin que ninguno de los dos sea derogado o excluido del sistema jurídico; incluso, contrario a las normas, para decidir sobre un caso, dos principios contradictorios pueden ser aplicados a la vez, en la mayor medida posible, a pesar de que, ciertamente, uno de ellos tendrá un mayor grado aplicación, mientras el otro un mayor grado de afectación; en este caso, al identificar el valor relativo, además de lógica, la distinción también sería de tipo funcional, es decir, dependerá del rol del principio en cada caso. (pp.50-52).

“La migración de la moral al derecho”

Así las cosas, la contradicción de Dworkin al positivismo de Hart no puede ser entendida como una simple reformulación, que busca incorporar la presencia de principios en los sistemas jurídicos para ser aplicados en la decisión judicial, al contrario, con la aceptación de su teoría la consecuencia necesaria es el cambio de paradigma, que en primer lugar supone la insuficiencia de la *regla de reconocimiento* como referente para

discernir la validez de las normas, dado que excluye a los principios.

La nueva perspectiva descarta a la *regla de reconocimiento* por cuanto se sustenta en una la denominada práctica social, esto debido a que sobre las dinámicas sociales no existe conceso, ni es posible establecer patrones que permitan fijar criterios generales para la determinación de validez de las normas jurídicas.

Finalmente, y como resultado se tiene que la insuficiencia del argumento sociológico para cimentar el postulado de la *regla de reconocimiento*, y la existencia de principios en los sistemas jurídicos coligen la necesidad de incorporar elementos axiológicos, morales y teleológicos en la comprensión y funcionamiento del derecho.

2. Neoconstitucionalismo

El descrito fenómeno de incorporación de **principios y valores** a la articulación y funcionamiento del Estado de derecho en la nueva concepción constitucional, puede ser sintetizado en palabras de Prieto Sanchís, cuando señala que “el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y postular por tanto alguna forma de obligación de obediencia al Derecho” (Prieto Sanchís, p.201). Como se mencionó este enfoque tiene por primera fuente teórica la discusión entre Ronald Dworkin y Herbert Hart, a la vez que materialmente es consecuencia de la nefasta experiencia derivada de la segunda guerra mundial. La consolidación y sofisticación de este cambio de orientación se concreta en el denominado nuevo paradigma constitucional.

Esta doctrina esencialmente se caracteriza por el abandono conceptual del Estado legalista, dando lugar a la noción de Estado constitucional; “Lo que en suma diferenciaría al constitucionalismo del neoconstitucionalismo, según Comanducci, sería que este último no se exhibe únicamente como ideología, sino también como una teoría que concurre (compite) con el positivismo” (Alterio, 2014), que supone, evidentemente la prevalencia de constituciones fuertes, y la presencia de instrumentos para la concreción de garantías, en los que es preponderante el poder jurisdiccional. En palabras de Prieto Sanchis “El neoconstitucionalismo reúne elementos de (estas) dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional” (p.203).

2.1 Orígenes del Neoconstitucionalismo

Su conceptualización se origina y sustenta en la confluencia de dos tradiciones constitucionales: la americana y la francesa. La primera comprende la Constitución como una herramienta de regulación social y política, que exclusivamente se encarga de definir reglas de juego, propiciando algunos preceptos como la autonomía de los ciudadanos en la esfera individual y en el accionar político frente a la capacidad de decisión colectiva, en respuesta a necesidades y procesos históricos. En esta tradición la supremacía constitucional está a cargo del poder un judicial neutro; dado que la constitución es la máxima expresión de soberanía. Asimismo es la regla que delimita la creación de normas inferiores, en ese sentido funge como el instrumento jurídico de control sobre el poder político, especialmente del legislativo, por medio de la garantía jurisdiccional; “la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar” (Prieto Sanchís, pág. 201)

La segunda, de orientación francesa, además de plantear la constitución como la herramienta de regulación, que define las “reglas de juego”; la concibe como un programa, o proyecto político de transformación social, contenido en un cuerpo jurídico que no solo regula la realidad social, sino que participa de ella y pretende modificarla. Bajo la idea de que voluntad del poder constituyente supera el texto jurídico y permanece en el pueblo. Sin embargo, en esta tradición se presenta la limitación de la dialéctica entre soberanía del pueblo y soberanía del Estado; la supremacía de la constitución determinada por el poder constituyente resulta insuficiente ante los intereses y decisiones del poder constituido propiciando un escueto legalismo. En esta tradición “La Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias.” (Prieto Sanchís, pág. 202)

En síntesis, una de las tradiciones aporta preceptos de suma relevancia, entre los que se encuentran principalmente el respeto por las garantías y derechos individuales, especialmente los referidos a la libertad, y el control de constitucionalidad ejercido por vía jurisdiccional; mientras la segunda contribuye con pautas como el gobierno de las mayorías, la soberanía del poder popular, y la noción de una constitución que contiene un proyecto social y político, influyendo, consecuentemente, sobre la realidad y modificándola. Al añadir la anexión de principios y valores morales positivizados y dirigidos a la garantía de la dignidad humana ya es posible hablar de una noción sucinta y

general de constitucionalismo contemporáneo. Corresponde ahora ahondar en la misma.

2.2 Análisis y elementos del Neoconstitucionalismo

Una manera de analizar el neoconstitucionalismo puede ser articulándolo en tres niveles, el surgimiento de nuevos textos constitucionales en la posguerra, las nuevas prácticas jurisprudenciales, y los desarrollos teóricos para una re conceptualización del Estado constitucional (Carbonell, 2008).

En lo que respecta al surgimiento de nuevos textos constitucionales desde la segunda posguerra hasta comienzos del siglo XXI, múltiples son los elementos novedosos. Principalmente se destaca la amplitud de los catálogos de derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática de los cuerpos constitucionales, siendo estos, la positivización de los derechos humanos reconocidos como garantías mínimas para el respeto pleno y absoluto de la totalidad de los individuos en su dignidad. En el mismo sentido se resalta el carácter innovador en el diseño institucional del Estado, dirigido a la concreción de las disposiciones establecidas en la norma superior, cuyo resultado es la sofisticación y ampliación de la actividad judicial, dado su carácter independiente y sus funciones meramente jurídicas. (Carbonell, 2008).

En segundo término y como resultado del anterior, se despliegan nuevas prácticas jurisprudenciales caracterizadas por la multiplicidad de métodos, técnicas y criterios, hermenéuticos y argumentativos como herramientas judiciales que orientan la optimización de las disposiciones constitucionales, bajo el entendido de que el sentido normativo de la constitución debe ser garantizado en la mayor medida posible. Dentro de dichas prácticas judiciales figuran la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la ya mencionada maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, etc. Mientras que en lo atinente a los criterios, figura un amplio despliegue de principios y valores superiores, constitucionalizados a modo de fines sociales o directrices, tales como; la libertad individual en sus variadas modalidades, la igualdad, el principio *pro personae*, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y un extenso etcétera.

Finalmente, el tercer nivel de análisis se dirige a los notables desarrollos teóricos y su incidencia en la reconceptualización del Estado constitucional, este es quizá el aspecto que evidencia de mejor manera el cambio de paradigma. La ciencia jurídica pasa de ser una mera expresión descriptiva de las prácticas

sociales preexistentes, a convertirse en la construcción del derecho, fundada en el consenso racional dicho de otra manera “el derecho ya no regula sólo su ‘ser’ sino también su ‘deber ser’; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales” (Alterio, 2014), mediante artefactos teóricos que apoyan la aclaración de contradicciones y de lagunas normativas; haciendo más eficientes las prácticas jurídicas, e influyendo directamente sobre la producción jurisprudencial (Carbonell, 2008).

Expuesto el surgimiento del nuevo paradigma, a partir de las dos tradiciones constitucionales mencionadas y del análisis desde los tres niveles, el neoconstitucionalismo como teoría jurídica es sintetizable en las siguientes características convencionalmente aceptadas y difundidas: (i) La rigidez constitucional, que se refiere a la capacidad de reforma, estableciendo que cuanto más rígida sea una constitución mayor será el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico. (ii) Una amplia garantía jurisdiccional concretada por medio del control de las normas y conductas, fundamentada en la materialización de disposiciones constitucionales. (iii) Fuerza plenamente vinculante para la totalidad de disposiciones y normas superiores. (iv) Sobre interpretación de la constitución a través de las técnicas, métodos y criterios mencionados, de manera que se reduzcan al máximo los vicios, contradicciones y lagunas; armonizando el sistema. (v) Aplicación directa de las normas constitucionales por parte del pleno de los jueces. (vi) Interpretación de reglas y normas en coherencia con la *Lex legum*. (vii) La constitución como eje discursivo rector del debate público influye directamente en las relaciones sociales y políticas, en el sentido que la jurisdicción constitucional, al estar facultada para resolver asuntos de todo orden, no tendrá vedado ni siquiera el ámbito político (Alterio, 2014).

Está claro que el derecho contemporáneo tal y como ha sido descrito, aminora el antes amplio poder del legislativo y amplía en importancia la del Judicial, convirtiéndolo en un actor superlativo para la garantía del Estado social de derecho. “presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias, y ocasión tendremos de comprobar que esta es una de las consecuencias de la ponderación judicial” (Prieto Sanchís, p.201).

Múltiples son las críticas que recaen sobre el papel del juez, en cuanto a la función que desempeña, como a las facultades vinculantes de sus decisiones, dentro de tales es dable mencionar las que se dirigen al equilibrio de poderes, la división de poderes, la objeción democrática o de soberanía popular, el mal concebido “gobierno de los jueces”, etc.

Aunque no es un patrón que agote el sentido del despliegue de críticas sobre el poder judicial en el panorama jurídico actual, la idea de un **juez con facultades políticas** a pesar de su naturaleza jurídica, recoge gran parte de dichas inconformidades. En ese sentido, sin pretender hacer un análisis exhaustivo que ponga en cuestión la naturaleza política de dicho órgano (el cual se realizará en otro capítulo de éste libro), o de los matices facticos que la justifican; sí se pretende presentar una fundamentación al ejercicio político de juez constitucional; ciertamente asumiendo de plano que, si bien la naturaleza de este poder es esencialmente jurídica, debido a sus decisiones le es inevitable incidir políticamente.

3. Dos modelos de legitimidad del poder político

La fundamentación al poder político del juez constitucional, que se presenta, está desarrollada sobre la base de dos modelos o criterios de legitimidad de la dominación o autoridad política, desarrollados por Martínez Ferro en su obra “Legitimidad, razón y derecho” (Martínez Ferro, 2013), Tales modelos son “La legitimidad como legalidad formal y eficacia” y “La legitimidad como legalidad democrática basada en la razón, la justicia, y el consenso.”

De esta manera se presenta un desarrollo sucinto de los dos modelos de legitimidad política, señalando que el primero, (la legitimidad como legalidad formal) sustentado en un enfoque interdisciplinar que parte de la perspectiva socio-política de Max Weber, la teoría jurídica de Hans Kelsen, y la teoría política de Carl Schmitt; se vincula considerablemente al paradigma **jurídico-positivista**, dado sus contenidos teóricos, que de alguna manera sirvieron de fundamento a lo más aciagos sistemas jurídico-políticos en las historia. Mientras el segundo (la legitimidad como legalidad democrática) en la que subyace la filosofía Kantiana; soportándose la doctrina de justicia y, la noción de liberalismo político de John Rawls; en la teoría de la Acción comunicativa Jürgen Habermas, concuerda como paradigma de legitimidad política con los aspectos fundamentalmente relevantes de la teoría **Neoconstitucionalista**. Por lo que finalmente permitirán fundamentar y comprender la legitimidad del juez constitucional cuando funge como actor político.

3.1 Legitimidad como legalidad formal frente al modelo ius-positivista

Se ha señalado que el modelo de legitimidad como legalidad formal es desarrollado principalmente sobre los planteamientos de Weber, Schmitt, y Kelsen; corresponde elaborar una presentación breve de la manera como estos autores son abordados por Martínez Ferro para condensar dicho criterio de legitimidad.

Max Weber

El poder político para Weber, como lo reseña Martínez Ferro (2013), encuentra legitimidad, a partir de la idea de legalidad, al punto que estos dos; legitimidad y legalidad resultan equiparables, bajo la siguiente premisa “en la concepción weberiana un poder es legítimo si cumple con los criterios de eficacia, permanencia y legalidad” (p.76), planteada mediante la metodología constructiva, y que se sintetiza por Martínez Ferro de la siguiente manera:

Toda vez que la sociología se encauza en la comprensión de la acción social, esto es en la comprensión de la *conducta humana enlazada*; o bien, aquella que presupone reciprocidad o respuesta por parte de la colectividad; la identificación de la legitimidad del ejercicio del poder político implica el reconocimiento de éste como una acción social, que a su vez se expresa en los conceptos de poder y dominación, donde por poder se entiende la facultad de influir sobre un individuo o grupo llevándolo a la realización de cierta voluntad; y por dominación el fenómeno en el que el sujeto o grupo reconoce tal autoridad y por tanto efectúa dicha voluntad. En este sentido tanto la conducta de autoridad como la obediente asumen su rol bajo criterios de distinta índole, tipificados en la racionalidad instrumental, que busca la consecución de un fin, la racionalidad axiológica, efectuada bajo la pretensión de respeto hacia un valor, la acción afectiva o emocionalidad con respecto a un valor, y la conducta tradicional. (Martínez Ferro, 2013)

El Estado es en este orden de ideas el fenómeno que resulta de la acción social con la que se atribuye a instituciones personales o impersonales, la facultad de ejercer el uso de la fuerza coactiva como “garantía de validez externa”, de manera continuada dados los “factores causales de regularidad empírica”, concretando un poder y una dominación. El Estado moderno además de contar con dichas características, cuenta con una organización que, al ser producto de la tradición metodológica positivista, está definida bajo la

orientación racional instrumental que la llevan a ser reglada, jerarquizada y sistematizada (Martínez Ferro, 2013).

De modo que sea cual fuere la motivación (racional instrumental, racional axiológica, afectiva o emocional con respecto a un valor, o Tradicional) que da lugar tanto al ejercicio de poder como al de dominación, esta será el fundamento para garantizar la validez externa, mediante el uso de la fuerza, lo cual implica el carácter de legalidad y a la vez será consecuencia de la regularidad empírica con que se practique, por lo que atribuirá legitimidad.

“En Weber la validez es empírica, una norma es válida, (por tanto, legal), si la conducta a que ella obliga se cumple” (Martínez Ferro, 2013, p.66) esto es si es acogida en la práctica, lo que conlleva a entender de manera similar el criterio de legalidad con el criterio de legitimidad, donde el elemento subyacente a ambos conceptos es la eficacia entendida como la aceptación práctica de la colectividad y su respectiva ejecución.

Hans Kelsen

Para responder al problema de la legitimidad política, Martínez Ferro, aborda la concepción jurídica de Hans Kelsen, resaltando en su análisis los dos elementos notables que fundamentan dicha teoría jurídica; estos son la existencia de una norma fundamental, y la concatenación o coherencia de las normas en sus distintos niveles. Dado que la pregunta central de su investigación es aquella que se dirige a determinar los criterios para distinguir un orden político legítimo respecto de aquel que puede ejercer una banda delincencial, la teoría de Kelsen resulta pertinente, bajo el entendido que en el Estado moderno la voluntad política consigue expresarse por medio de la norma jurídica, y el estado mismo cuenta con legitimidad en tanto consiga ser sustentado y estructurado en el marco de un sistema normativo.

Si el Estado entendido como institucionalidad es expresión de la voluntad política materializada en la norma, que, a su vez, debe garantizar el cumplimiento de la misma; para aproximarse a la legitimidad del Estado que sugiere Kelsen, resulta imperante reconocer dónde radica la legitimidad de la norma. Y para este efecto este autor propone el establecimiento de un criterio que le sea común a la generalidad de sistemas jurídicos, independientemente de la temporalidad o territorialidad, de su ámbito de aplicación. Así la teoría de Kelsen pretende la elaboración de una ciencia autónoma, es decir, una ciencia que cuente con un método y objeto propio (Kelsen, 1962).

Respecto al objeto del Derecho en la teoría ius positivista se busca la separación total de la ciencia de Derecho frente a otras ciencias que le son cercanas, y especialmente frente a la moral, ya que dadas sus similitudes, al ser ambos sistemas normativos, se puede caer en confusiones, más aun cuando se quiere establecer la legitimidad del derecho bajo la premisa de un objeto científico propio, pues tal tarea implica el desconocimiento de los criterios axiológicos como legitimadores del derecho y la norma; ciertamente la multiplicidad de concepciones de justicia es tal, en el espacio y el tiempo, que resulta imposible identificar un patrón transversal a todos sistemas jurídicos.

Es por esto que la legitimidad de la norma radicaría en la manera como esta fue construida, tanto en sentido práctico como en sentido formal, esto en su validez, pues para Kelsen la norma encuentra validez en tanto cumpla con los requisitos para su elaboración, previamente establecidos por una norma de mayor jerarquía.

Frente a la legitimidad política para Kelsen, esta es equivalente a la legitimidad del Estado como sistema normativo-legal, y eficaz cuya coacción tiene el carácter de acto jurídico, así es contraria a la coacción de la banda de ladrones dado que esta última no se expresa en el derecho sino en la amenaza. Sin embargo, aquí ya es posible divisar las limitaciones de este criterio de legitimidad “que el derecho lo impone quien se impone de hecho” (Martínez Ferro, 2013, p.88) si se tiene “que, si la banda logra que su ordenamiento no sea reprimido por el Estado y, por el contrario, llega a dominar un cierto territorio, el ordenamiento de la banda, en la medida que sea eficaz, pasa a cobrar validez como el verdadero orden jurídico” (Martínez Ferro, 2013, p.74).

Carl Schmitt.

La teoría política de Carl Schmitt enmarcada en el realismo se centra principalmente en la crítica hacia la democracia liberal, y al Estado de tipo parlamentario-legislativo; dicha crítica se desarrolla en sobre dos premisas: la primera sostiene que el Estado organizado sobre la base del Derecho positivo “neutral” y la burocracia, es absolutamente incapaz de responder a las necesidades pragmáticas sociales de la colectividad, dicha incapacidad es dada por la naturaleza normativista de orden abstracto y general que de suya implica ineficiencia, ya que la burocracia tiende a ser lenta y toda decisión política dentro de este sistema necesariamente debe ser expresada en forma de ley, para lo cual requiere de un procedimiento dispendioso.

Por otro lado la comprensión del poder político de Schmitt entiende como falsa la idea de inclusión de las minorías en la toma de decisiones y en la participación dentro de la democracia liberal; tal falsedad se sustenta en dos postulados de gran relevancia en su obra, el primero es la comprensión de la política como conflicto expresado en la dialéctica amigo-enemigo, en los estados legislativos parlamentarios aquellos logren alcanzar posiciones de poder antes de utilizar la norma para la inclusión y la participación de todos los sectores por minoritarios que sean, lo harán para aferrarse a su autoridad e impedir que los demás sectores adquieran poder de decisión, de manera que el poder político está dado para gobernar con los amigos, y para evitar la participación de los enemigos, este presupuesto implica la inviabilidad de la democracia liberal; por el contrario en el Estado administrativo y autoritario de Schmitt la voluntad de quien detenta el poder deberá ser plenamente acatada, llevando a la homogenización de la sociedad aun cuando sea necesario acudir al exterminio de lo heterogéneo. La segunda premisa, tal vez la más relevante, se sustenta en la contradicción existente entre la idea de democracia y la de liberalismo.

Tal panorama da lugar a que las ideas políticas de Schmitt se orienten a la validación del decisionismo, el autoritarismo, y la legitimación del poder de tipo carismático, bajo una forma de Estado Administrativo, donde el poder judicial y el legislativo están plenamente supeditados a la voluntad del poder administrativo, y para ser más exactos a la voluntad del dictador; solo bajo estas circunstancias es posible materializar grandes transformaciones en una sociedad, pues es de esa manera como se agiliza la realización de las decisiones, en tanto no existen limitaciones formales y procedimentales que les dilaten como lo fuera, el mismo trámite legislativo, la revisión judicial, o cualquier idea de freno o contrapeso entre los poderes.

Se infiere entonces bajo este entendido que cualquier decisión tendrá vocación de ser derecho, sin un criterio de legitimidad distinto al de la fuente donde se origina la decisión, esto es aquel que se haya impuesto de facto; si se cuestiona acerca de los criterios que legitiman el poder en un dictador o un líder de tipo carismático que consiga sobreponerse a cualquier institución una respuesta dada por el propio Schmitt será la garantía de seguridad (Martínez Ferro, 2013).

Síntesis del primer modelo

En síntesis, el modelo de legitimidad como legalidad democrática está

compuesto por tres elementos o características generales a saber: “una concepción estrecha de la racionalidad; la reducción de la legitimidad a la legalidad formal, y una concepción instrumental del derecho.” (Martínez Ferro, 2013, p.115). Sobre la concepción estrecha de racionalidad se sostiene que independientemente de ser una racionalidad positivista, instrumental o burocrática, todas son meramente descriptivas, no prescriptiva; limitadas al ser y lejanas del deber ser, contrarias a la razón práctica Kantiana, ajustadas únicamente al “uso cognitivo o teórico de la razón”, por lo que restringen un ejercicio político con referencia a fines, principios y valores, llevando a la propensión de restringir libertades; limitándolo al legalismo, dentro del que cabe cualquier contenido axiológico.

En relación con la reducción de la legitimidad a la legalidad formal está claro que todo ejercicio político necesita una fuente de legitimidad, en este caso dicha fuente es una legalidad restringida por la noción limitada de racionalidad que acarrea un concepto insuficiente de legitimidad pues supone que todo poder consolidado de facto al hacerse legal se asumirá como legítimo.

La concepción instrumental del derecho se sustenta en la identificación del concepto de Derecho y del concepto de Estado, de manera que el tanto en la propuesta Weberiana que define al derecho como un simple ordenamiento jurídico, como en la teoría Kelseniana que unifica estos conceptos concluyendo con que todos los actos estatales son jurídicos, en otras palabras el derecho es un simple instrumento de poder que no necesariamente se vincula a la justicia.

Referencias

- Alterio, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (8), 227-306.
- Carbonell, M. (2008). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 249-263.
- Faralli, C. (2013). La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX. Universidad de Bolonia. Recuperado de: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0202110133A/20958>.
- Higuera Jiménez, D. M. (2016). Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto a la sustitución de la constitución. *Revista Principia Iuris*, 13(26). 2013-242.
- Kelsen, H. (1962) *Teoría pura del derecho*. Paris. Dalloz.
- Martínez Ferro, H. (2013). *Legitimidad, Razón Y Derecho. Dos Modelos De Justificación Del Poder Político*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Prieto Sanchís, L. (2013). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.
- Rodríguez, C. (1997). *Teoría del derecho y decisión judicial. Siglo del hombre Editores*. Recuperado de: <https://erikafontanez.files.wordpress.com/2015/08/cc3a9sar-rodrc3adguez-la-decisic3b3n-judicial-el-debate-hart-dworkin-pc3algs-15-45.pdf>

LA MORAL EN EL DERECHO, PERSPECTIVA PARA EL DESARROLLO EMPRESARIAL

Christian David Barajas Gallo*
Juan Pablo Rincón Camacho**

* Abogado universidad santo Tomás. Especialista en derecho comercial universidad externado de Colombia. Master en derecho internacional de la empresa universitat de Barcelona. Docente tiempo completo universidad de Boyacá. Semillero episteme iuris en el marco de la investigación responsabilidad de las personas jurídicas por daños al medio ambiente.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bta, especialista en derecho administrativo, especialista en derecho penal y procedimiento penal, estudios de maestría en penal y procesal penal. Docente de la Universidad de Boyacá Sogamoso, abogado asesor y consultor en el área penal y público.

Resumen

Los grandes pensadores como Aristóteles o Kant, se han ocupado del tema moral, sin embargo en el contexto de mercantilización, el pensamiento axiológico y la producción económica se ha divorciado, siendo urgente abordar la materia.

La moral comprendida como la organización de usos, costumbres y normas que se consideran adecuadas (buenas) para dirigir la conducta de las personas en una comunidad, conforma un elemento esencial en la interacción de los diversos actores que confluyen en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

En el presente capítulo se abordará la relación entre la Moral, el derecho y el desarrollo empresarial, partiendo de la premisa básica de la salvaguarda de los Derechos Fundamentales consagrada en la Constitución de 1991.

En igual sentido, la democracia representativa y la libertad empresarial juegan un papel muy importante en la consolidación del desarrollo económico y judicial de la sociedad. Sin embargo, estos dos factores deben ejercerse dentro de parámetros guiados por una moralidad, que muchas veces se encuentra inmersa en la normatividad misma, cuyo propósito además de regular circunstancias de índole económica, social y político, busca solucionar las anomias y vacíos normativos presentes en la hermenéutica legislativa.

Introducción

Desde la búsqueda por el placer de los hedonistas, la capacidad crítica de los cínicos, la firmeza de carácter del estoico, o la directa búsqueda de la felicidad de los epicureistas, el “buen obrar” ha estado presente en nuestras reflexiones más básicas y fundantes sobre la vida.

No en vano las grandes estructuras axiológicas han promovido el utilitarismo y la existencia de imperativos categóricos firmes e innegociables, lo cual a su vez impacta directamente las organizaciones políticas en las múltiples formas que hemos encontrado en la historia.

Frecuentemente, los conceptos de moral y ética tienen a confundirse y a usarse indistintamente en diversos contextos, para lo cual es necesario hacer un paralelo entre estos dos términos, que si bien tienen similitudes, también tienen particularidades.

La ética se entiende como lo que surge del interior del individuo, que influye en el comportamiento por su propia voluntad, mientras que la moral es un conjunto de normas y/o reglas que actúan de forma consuetudinaria en la vida cotidiana. Por lo cual, a lo largo de este escrito realizaremos un análisis acerca de la influencia de la moral no solo en el derecho sino también en el desarrollo empresarial y en el medio ambiente.

La ética y la moral se relacionan directamente con la promulgación del ordenamiento jurídico encargado de regular las relaciones entre particulares, y entre particulares y el Estado, por tanto, veos expresados los intereses de una comunidad, desarrollados por el legislador y plasmados a través de conjuntos normativos que aunque pueden ser concordantes a los sujetos a quienes va dirigido, también pueden convertirse en anacrónicos, puesto que los gobernados se caracterizan por ser titulares de constantes variables sociales y contextuales, que de la misma forma, implican dinamismo e integridad en las leyes expedidas y en los ordenamientos normativos creados.

METODOLOGÍA

Se centra en un estudio referente a la aplicación del concepto de moral en distintos aspectos de la sociedad, tales como: la democracia, la política,

el derecho, el medio ambiente y el desarrollo empresarial, y su impacto en el desarrollo socio-económico en Colombia.

1. LA MORAL EN EL DERECHO.

La palabra moral proviene del vocablo latino “mores” y significa costumbre, y hoy día la entendemos como el estudio respecto a las normas que deben regirse para hacer el bien y evitar el mal en razón de los valores y los principios en que se desenvuelve el Ser, mientras que García (1944) en su frase “los juristas buscan una definición para su concepto del derecho que sigue siendo verdadera, los juristas siguen buscando, sin ponerse de acuerdo, en el género próximo y la diferencia específica del objeto de su ciencia”.

Es por ello que García llega a la conclusión que, si los autores no logran armonizar sus doctrinas, se debe a que las definiciones propuestas no aluden siempre al mismo objeto, sino a realidades heterogéneas, es pues derecho filosóficamente hablando, citando a Kaufmann (1992) con la estructura ontológica del derecho si cumplen con los criterios de vigencia, validez y eficacia y solo así el derecho será justo.

Debe diferenciarse el Derecho que debe su origen y existencia a prácticas y decisiones relativas al gobierno de la comunidad; la moral se refiere a la conducta que observamos cada uno de nosotros frente a los demás; de la Ética se refiere a los principios y fundamentos que rigen a nuestra conducta.

Con la Constitución Política colombiana promulgada en el año 1991, se hizo la transición de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, en el que por primera vez, el Estado está al servicio de la sociedad, manifestando así, la constitucionalización del Derecho, es decir, entendiéndola como norma jurídica que irradia validez que puede ser formal (positivismo), material (iusnaturalismo), ya que el derecho debe tener un mínimo de contenido para que sea válido, aquí hablamos de las normas morales: los derechos fundamentales que son normas positivas, al ser cláusulas morales que se agregan a la constitución política es donde el derecho y la moral se conectan. Atendiendo al análisis argumentativo moral de las normas positivas hay un traspaso del silogismo jurídico a la argumentación jurídica, es denominado positivismo incluyente ya que acepta la moral porque no hay separación de esta con el derecho través de las cláusulas morales (Alexy, 2003).

Cabe resaltar que los Derechos Humanos para que sean exigibles y así poder ser garantizados deben ser positivizados como derechos fundamentales y/o principios. Así mismo, como derecho subjetivo son correlatos obligacionales, es decir, cláusulas de comportamiento universal y como derecho objetivo son mandatos de optimización que permean todo el ordenamiento jurídico; convirtiéndose en cláusulas morales que se agregan a la constitución política

A través de la nueva constitución con la cual se impuso un reto mayor para el órgano judicial con respecto a la interpretación de la ley cuando se genera un conflicto entre Derechos Fundamentales (proporcionalidad) y entre una norma y un derecho fundamental (racionalidad)

Nunca será lo mismo resolver un conflicto de normas tipo regla que resolver un problema de principios: “resaltar la diferencia entre reglas y principios debes” (Alexy, 2003), el conflicto de reglas propio de un ordenamiento jurídico positivista caracterizado por aplicar el silogismo jurídico, subsumir la premisa mayor que es la regla o norma a una menor que es el hecho o situación para obtener una consecuencia jurídica, pero en materia de principios se debe acudir a la ponderación de derechos teniendo que determinar cómo explica Higuera (2015), su peso abstracto, su valor cualitativo y lograr la mejor carga argumentativa para definir un conflicto acudiendo a los principios de libertad e igualdad jurídica.

“El orden constitucional que entroniza la Carta de 1991 tiene como valor fundamental, entre otros, la justicia, la cual constituye uno de los pilares para garantizar un orden político, económico y social justo. La idea de justicia permea toda la normatividad constitucional que se construye a partir del reconocimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Corte Const., Sentencia C-416/94).

2. LA REGLA MORAL EN LAS OBLIGACIONES

La Moral y el Derecho hacen referencia a una parte importante del comportamiento humano y se expresan, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad). Se puede decir que el

contenido del Derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del Derecho para así lograr eficacia social (Kaufmann, 1992).

Ripert (1958), describe que “la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo”. “Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social”.

El Derecho y la Moral se encuentran íntimamente relacionados, pero son órdenes normativos distintos no equiparables

2.1. Responsabilidad moral de los representantes democráticos

Entendemos como responsabilidad moral la que toma como cometido un suceso específico o a una persona por sobre una autoridad, poniendo la moral sobre los demás (Rachels, 1986) es pues un vínculo entre las acciones y la moral, desde una ética consecuencialista, es decir, una acción éticamente correcta es la que lleva a buenas consecuencias o que genere un bien, ejemplo de esta doctrina por un lado el utilitarismo de Jeremy Bentham (1993) que lo que promueve es el mayor bien para el mayor número de personas.

El egoísmo moral del cual se basa en la afirmación de sí mismo que lo convierte en su propio soberano al volverlo consciente de su realidad moral y personal. La realidad es la de su propia existencia y su vivir en una realidad determinada opcionalmente podrá optar el individuo por ayudar a otras personas siempre que le genere un beneficio al yo y al desarrollo personal; La ética del altruismo de Augusto Comte citado por Rachels (1986), el sacrificio personal en beneficio de otros. Es decir que mirar la responsabilidad desde este punto de vista es que el valor depende de las consecuencias de tales acciones ya sea el daño causado a un individuo, a una comunidad de las acciones u omisiones de otro individuo o grupo.

Pero desde una ética deontológica, es decir, refiriéndose a la teoría del deber ser de Jeremy Betham en su libro *Chestomathia* se refiriéndose a esta como a aquella exposición “de lo que es correcto”, “lo que debería ser”, tanto a nivel privado como público. Es mirar el otro lado de la

moneda pues estas acciones tendrán un valor intrínseco, independiente de sus consecuencias. Siendo así denominada moralidad y dentro de una comunidad regulan el comportamiento de sus miembros.

Aquel que bajo un gobierno democrático, funcionario elegido para representar a un grupo de personas para que se conviertan en su voz, que si bien tienen unas atribuciones y deberes conferidos por la ley, estos responden administrativamente por sus extralimitaciones ya sea en omisión, negligencia o abuso de poder que con el daño a un tercero o a la misma administración, quiero con esto mostrar que si bien hay responsabilidad jurídica que regula el cumplimiento de la consecuencia desfavorable de su conducta, también se habla de una responsabilidad moral, dentro de una esfera social refiriéndose al carácter interno de la conducta, la conciencia o intención con la que se ha actuado ya que los procesos jurídicos no son necesariamente procesos de intención (Rachels, 1986).

Un ejemplo claro e incuestionable para los colombianos, corresponde al 2 de octubre del 2017 donde con un mecanismo de participación popular, como lo es el plebiscito en forma de refrendación: la ciudadanía expresaría su aprobación o rechazo a los acuerdos que se firmaron entre el gobierno y las FARC en La Habana. (Coronell, 2017)

Hubo políticamente mucho debate lo cual terminaría inclinando la balanza y con un resultado negativo al acuerdo y entonces se podría decir que, hubo obtenido ‘la victoria’ la oposición, cuando en vez de esto, quedaron demostradas y en evidencia, las estrategias cuestionables y la intención mal obrada de una campaña negra llevada a cabo por para boicotear un ejercicio de tal índole democrática y política: “apelamos a la indignación, queríamos que la gente saliera a votar verraca (de mal genio)” (Coronell, 2017).

Usando la indignación como estrategia, sectorizando y tergiversando la información, infundando temores y falacias sobre el contenido real de los acuerdos, así lo confeso el exgerente de la campaña del no del partido democrático.

En casos como este podemos ver que, a muchos dirigentes no les importa en lo absoluto la responsabilidad moral que implica ser representantes de una democracia que los eligió a través de voto popular o que representa en alguna medida los intereses de alguna población, ya que su manera de comunicarse con el pueblo se ve corrompida y tergiversada.

En el mismo sentido, encontramos irregularidades a la hora de ejercer la administración de justicia, ya que el sistema jurídico y el desempeño de las funciones públicas se ven entorpecidas, muchas veces por escándalos de corrupción y malos manejos que fecundan la idea de pérdida de credibilidad e incapacidad institucional estatal en la cosmogonía ciudadanía.

Cuando la responsabilidad jurídica a la administración de justicia es negligente e ineficaz, se afirma la ingenuidad o vaguedad del interés del ciudadano y el egoísmo moral de sus dirigentes. De tal suerte que, si una sociedad justa implica que razone sobre la vida buena quedara por preguntarse qué discurso político nos orientara a esa dirección (Sandel, 2000).

3. MORAL Y POLÍTICA

La política y el compromiso moral se refieren ambas al actuar del hombre, a las acciones con las cuales ejerce su libertad, la diferencia está en la esfera íntima o juicio de valor íntimo hace de su conducta, mientras que la política está vinculada a la esfera externa a las normas e instituciones que regulan la conducta en sociedad, por tanto, debe tenerse en cuenta la voluntad, obligaciones y derechos de los demás.

El problema radica en que cuando hablamos de política y de derecho, se profundiza en controversias de moralidad de índole religiosa, el parámetro de guía debe ser el respeto mutuo sin que genere desigualdad como producto. Sin embargo, no se puede perder de vista, que el contexto social en el cual nos desarrollamos presenta particularidades, tales como un fuerte raigambre religioso, enfocado al costumbrismo de que lo moralmente incorrecto corresponde a aquello considerado como pecado, y en este sentido, lo que se busca es darle un carácter legítimo a la política, sin crear contrariedades o rivalidades innecesarias que poco aportan al conflicto social y que en cambio, empobrecen el discurso político, tornándolo escandaloso, sensacionalista o trivial.

Hay que diferenciar entre el comportamiento moral que emana de una conciencia subjetiva y que es en gran medida relacional, de la vertiente política del pensamiento moral, es decir, de la ética del quehacer político, que a través de principios someten toda actividad política. Algunos de ellos son:

Receptibilidad
Transparencia
Dignidad
Fines universales
Servicio
Responsabilidad

La ética política, vista desde la vertiente moral inherente a la actividad pública, a nuestro juicio habrá de centrarse, entre otros, en dos amplios objetivos: Por un lado, en la búsqueda teórica de variados principios éticos, desde ellos se ha de ofrecer una concepción integral y significadora de la persona, una justificación y revisión de los derechos humanos, y una mayor legitimación moral del sistema democrático. Por otro lado, la ética política también tendrá que ser capaz de considerar con penetración orientadora tales principios, cotejándolos con las dinámicas de la vida pública, a fin de comprobar si esta se deja o no valorar por ellos. Con ambos objetivos la ética política podría contribuir modestamente a la revitalización moral del sistema democrático y, por ende, a una mejor defensa de la dignidad de la persona, siempre amenazada por la vorágine del poder.

Una política basada en el compromiso moral no solo es un ideal que entusiasma más que una política de la elusión. Es también un fundamento más prometedor de una sociedad justa (Sandel, 2000).

4. LA MORAL Y EL DESARROLLO EMPRESARIAL

El ser humano está en constante evolución, esto se refleja en el actuar como individuo e integrante de una sociedad que busca el vivir dignamente para lo cual como lo hemos mencionado anteriormente se han realizado un sinnúmero de tratados, acuerdos y políticas para que las sociedades respeten los derechos del ser humano, esta evolución también abarca el crecimiento económico el cual se genera por medio de la creación de empresas las cuales intervienen en la economía, el desarrollo sostenible y generación de empleo, la intervención de las empresas es un papel fundamental en la realidad social por lo que resulta trascendental que su conducta debe ser intachable y siempre en beneficio de su organización y su territorio donde desempeña sus labores (Velásquez, 2000).

El desarrollo empresarial se asocia directamente con el comercio, donde

encontramos un sinnúmero de tipos de empresas, la visión de todas ellas es lograr ser efectiva, eficiente y rentable para sus propietarios sin contar con el desarrollo humano para sus colaboradores, siendo grupos tan influyentes en la sociedad se busca que estas respeten las políticas empresariales que cada país tiene, en este caso hablaremos de las ambientales debido a que el medio ambiente es un derecho universal y responsabilidad de todos los habitantes de la tierra, el dilema se presenta en dos frentes:

1. tenemos las políticas empresariales generadas por los gobiernos para que se cumplan a cabalidad, sea porque son muy rígidas o lo contrario pueden ser demasiado flexibles y se permita la inclusión de empresas extranjeras que explotan nuestros recursos generando daños irreversibles, aunque esto no excluye a empresas nacionales que también afectan los recursos animales, todo lo cual se presenta por las irregularidades a la hora del manejo y representación empresarial

2. y por otro lado las empresas ilegales, empresas que aunque son generadoras de empleo de manera informal, también son causantes de daños al sistema ambiental y de fricción económica, debido a que no se siguen los lineamientos de las políticas empresariales que sigue toda empresa legamente constituida.

Usualmente las empresas se encuentran en una constante competencia entre ellas en factores como: tecnología de punta, calidad en el servicio y en los productos, pero ha resultado indispensable que ciertas empresas generen conciencia en recursos naturales como: el agua, el aire, los residuos, especies en vía de extinción, todo lo que conforma el medio ambiente. Estos daños se han visto representados en perjuicios graves sufridos por la tierra, el mal uso de los recursos y la falta de interés de preservar el medio en el que vivimos, ha generado un desequilibrio ambiental que ha cobrado vidas humanas y desastres naturales.

Por eso no debemos olvidar que “las empresas dependen del entorno natural para obtener su energía y recursos materiales, y para deshacerse de sus residuos. A su vez, ese entorno es afectado por las actividades comerciales de las empresas” (Velásquez, 2000, p.270).

Debido a al crecimiento empresarial y la globalización muchas empresas hacen uso indiscriminado de los recursos naturales para proveerse de

materia prima por lo que ha sido afectado el medio ambiente en todos sus sectores, por lo que el daño actual ocasionado afecta no solo al presente sino también a las generaciones futuras. Los ambientalistas consideran que la industria ha crecido a pasos agigantados, generando millonarios empleos y crecimiento económico, a costa de viciar el medio ambiente, convirtiéndolo en un elemento de fácil acceso y proveedor, provocando el agotamiento de los recursos naturales.

En razón a esto, los gobiernos en la modernidad han empezado a implementar políticas de protección medioambientales para las empresas, planes de desarrollo sostenible y campañas publicitarias. Sin embargo, aún falta mucho por hacer, ya que el consumismo no descansa jamás y a los grandes productores como potencias mundiales, son quizá, los generadores de mayor contaminación y daño al planeta como se evidencia: “en Estados Unidos, cada año se vierten más de 150 millones de toneladas de contaminantes al aire, se producen más de 41 millones de toneladas de desechos tóxicos y se vacían 15 millones de galones de contaminantes a las vías de agua. Además, en ese país el consumo total de energía anualmente equivale a unos 13 millones de barriles de petróleo” (Velásquez, 2000).

En 1982 se publicó el Informe Brundtland, documento elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, creada por las Naciones Unidas, en este informe nos habla de la discrepancia en los modelos de producción y el uso racional de los recursos naturales, por esta razón consideramos imperioso hacer referencia de la importancia de la moral, no solo en los dirigentes políticos sino también en los dirigentes empresariales ya que estos trabajan de la mano para el progreso nacional.

En el siguiente aparte hablaremos de dos frentes que mueven al país y abarcan todos los sectores

5. POLÍTICA Y DEMOCRACIA

La historia política de Colombia ha estado marcada, desde sus inicios, por la violencia, la intolerancia y el desconocimiento del otro. Estos fenómenos, por supuesto, han estado acompañados de una desigualdad social y política que se ha hecho endémica y ha obstaculizado el fortalecimiento de la democracia entre nosotros. En gran parte todo esto tiene que ver con las pocas posibilidades de la participación política libre

que nuestro sistema político nos ofrece y garantiza. Sobre todo, cuando al pensar en las sociedades democráticas, advertimos que unas de sus premisas y axiomas básicos es el de garantizar la participación política a todos sus ciudadanos, sin excepción.

Desde este punto de vista la democracia se nos presenta y nos la representamos como un ejercicio de inclusión del otro: de los distintos estilos de vida, de las distintas formas de pensar y vivir la vida, de las diversas formas de opinar. Pues, como ha sugerido Hannah Arendt, “la política nace en el Entre-los-hombres”. Por lo tanto, la política es contradicción y, en este mismo sentido, la política es libertad. (Arendt, 1996, p.239).

CONCLUSIONES

El presente escrito tiene como finalidad tratar un tema de suma importancia en el desarrollo de toda sociedad y este es la moral, como lo mencionamos anteriormente, fuente del orden comportamental en las sociedades, conductas que se practican en el diario vivir y en cada una de las actividades que desarrolla el ser humano, debido a que esta virtud debe estar presente en el desempeño de toda función, por lo que resulta sustancial ver la moral aplicada en ámbitos como: la política, democracia, el derecho y el desarrollo económico

¿Porque tomamos como eje central estos campos en el desarrollo de este artículo?

Pues nos resultan elementales estos entes son responsables del desarrollo de las sociedades, por un lado tenemos la política como actividad gobernante, por otro lado la democracia, esta es la máxima expresión de la ciudadanía donde el soberano es el pueblo y este trabaja en pro de la dignidad e igualdad, el derecho como ciencia que protege los derechos, no solo del ser humano sino de todo nuestro entorno y por último el desarrollo empresarial como eje central de la economía y generador de empleo, el cual dignifica la vida del ser humano

Como lo hemos mencionado a lo largo de este escrito es de suma importancia la moral en todo los ámbitos, su aplicabilidad permite que el Estado en el que estamos sea un “Estado Social de Derecho” y logre una sana convivencia entre sus habitantes, por esta razón es indispensable que

se ataque y enfrente los altos índices de corrupción que se presentan, día a día en cada uno de nuestros representantes y que se extiende en todas las entidades, aunque este fenómeno crece a pasos agigantados, también crecen las personas que estamos en una constante lucha para que esta cultura cambie y se genere conciencia sobre las buenas prácticas para el desarrollo de un país y un ambiente sano de libre desarrollo y competencia.

Referencias

- Alexy, R. (2003) Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arendt, H. (1996) “La verdad política” en *Entre pasado y futuro*. Barcelona, España: Península.
- Bentham, J. (1993). *Chestomathia*. Oxford
- Coronell, D. (3 de junio de 2017). La grabación. Opinión, Semana. Recuperado de: <https://www.semana.com/opinion/articulo/daniel-coronell-opinion-audio-completo-de-la-entrevista-de-juan-carlos-velez/527258>
- Corte constitucional, Sala plena. (22 de septiembre de 1994). Sentencia C-416/94. MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- García, E. (1944). *Ética*. México: Centro de Estudios Filosóficos.
- Higuera Jiménez, D. M. (2015). Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales. p.202. Bogotá.
- Kaufmann, (1992) *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, traducción y prólogo de Luis Villar Borda, Bogotá, Colombia: Temis.
- Rachels, J. (1986): *Introducción a la Filosofía Moral*. VI. El egoísmo ético.
- Ripert, G. (1958). *La regla moral en las obligaciones civiles*. París, Francia: Ius In Perpetuum.
- Sandel, M. (2000). El liberalismo y los límites de la justicia. *Revista Formación Gerencial*; Universidad del Zulia
- Velásquez, M. (2000). *Ética en los Negocios: Conceptos y Casos*. México: Prentice-Hall, 4ta Edición.

FROM THE UNFINISHED CONSTRUCTION TO THE COLOMBIAN STATE COOPTION. AN INSTITUTIONAL CRISIS AS AN *Apartheid* PARADIGM•

Edwin Hernando Alonso-Niño*

*“The Republic only exists, and that is a half- truth,
in the cities, too much walking comes up to the villas
and there it gets stuck”
Samper (1859)*

* Article of Scientific Research result from the entitled investigation “La Estatalidad Híbrida en Colombia” assigned to the Santo Tomas University on the occasion of Doctorate in Law who is currently attending.

Resumen

Through an *Analytic-Descriptive-Documental* methodology, the present research article considers as a principal aim to describe some theories concerning to the Colombian State arrangement, being its principal scope to admit the dissident groups have born and grown with the desire to replace the State, being constituted as one of the principal results of the present analysis, concluding, in consequence that exists a State unable to impose the order over its territory lacking of effective instruments to make to fulfill the Constitution, aspects that are constituted in accomplices for the configuration of the *institutional apartheid* phenomenon.

Introducción

At august 7th of 2017, it was announced in Colombia the new presidential cabinet that was announced and selected by the executive chief grab the reins of the post-conflict. The announcement, of national impact, cornered the holders' attention of web portals and social networks, from the most urgent reader of news, to the most unnoticed student, they launched to write some opinions facing the Juan Manuel Santos's decision.

Others restricted the issue to an approval by means of a 'like' on the wall of the wallings, pleasingly provided by Facebook or Twitter (Guerrero Sierra & Wilches TInjacá, 2016)

It might be thought that the decision has something of rationality, hence, in the past years, it is possible to state in some sectors and areas of the society an urgent concern for finding the way of reconstructing the communities affected by the violence and the barbarism, questioning the way of achieving an inclusive process of peace with measures of attention, assistance and integral healing to the victims.

Nevertheless, it is worth beginning with the proposal of some enquiries to know: *Does it exist real concern - not nominal - on the part of the Colombian State for attending and to endorse the needs of the Colombian population? Does the choice or change of the government cabinet actually fund to materialize constitutional assignments like the peace and social cohesion?*

As might wonder González González (2015) in consistency with García, Villegas & Espinosa (2013), *Which are the possibilities of consolidating civil relations of coexistence and strengthening of the institutions in regions that are a paradigm of an institutional apartheid? Can be thought that the internal armed conflict is one of the factors that has contributed in the conformation of the Colombian State? Might there be demonstrated that the strengthening, relatively, from the national economy has been acceptable by the armed groups as parallel states with regard to the central State?*

Well, to give response to some of the questions that are launched in the environment, it will come to the analysis of diverse doctrinal positions, both national and international, that support, in a general way, that the *Colombian State is characterized by its unfinished construction* generating a diagnosis of *fragmentation*, which brings to think to the State recognizing

the existence of a *divided society* that ask itself for the *partial collapse* or for the *differentiated presence of State*.

The above mentioned social division is attributed by some authors as González González (2015) and Terver (2003); to the early emergence of both big political families formed before the independence - *the liberals and the conservatives*-, as well as the existence of an armed conflict that it has to be with the incompetence of the State to take a leading role on the local interests.

As it has been stated recently by Terver (2003), the problems that afflict Colombia today, those are characteristics of Latin America and are common to the countries of the zone, in effect, the guerrillas and the movements of opposition that have risen inside countries such as Salvador, Peru - luminous path-, or, the case of Mexico - EZLN-, the same characteristics as the Colombians.

The Colombian State is permeated for different difficulties that indicates it is all about a state in decomposition. As a matter of fact, for the present analysis, it is suitable to limit the question to dysfunctions related to the *armed conflict*, being constituted in a paradigm of conformation and questioning of the same State. Even, such questions take form when the actors are recognized, who share the same state structure - *Armed forces*-, who have faced accusations of serious violations of human rights along great part of the armed internal conflict that started 'officially in 1964, with the origin of the guerrillas armies, the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) and the National Liberation Army (ELN).¹

Thereby, the study of the case of Colombia is carried out through some aspects of relief, among the most appropriate to emphasize the existence of parallel Organizations - armed groups - that compete directly with the State - *parainstitutional* -, being a situation which it places in a vulnerability position of the human rights in the Country, becoming evident the inability of the State to impose its authority and to protect its population, coming to a scene in which it is possible to identify populations who live, as it is supported by García Villegas & Espinosa (2013) in situations of *apartheid* and lack

¹ In the eighties, it increased the accusations against the public force because of violations to human rights that included the commission of arbitrary detentions, extrajudicial executions and tortures. The problem become such a problem that in 1997, the United Nations High Commissioner for the Human rights established an office in Colombia, which continues operating. The most extrajudicial executions documented during the period 2000-2010 were known as "false positives ": thousands of civilians executed by state agents, whose bodies were presented untruthfully as results of the action of the Armed Forces against the armed groups.

of “*right to have rights*”², existing in addition, a high number of factors that generate national, regional and local conjuncture, as an example; the increase of extrajudicial executions and the so called false positives, being the above mentioned another system of violence in hands of the same State.

Nowadays, the rebellious groups rely on military, economic and social strategies developed increasingly. There is a major concentration of these armed forces in a specific aim, supporting a narrow relation with the traffic of drugs and the recipients, generating links with urban guerrillas, trusting on plans of economic expansion, expanding its power to a major control of the local authorities who simultaneously are part of the new strategies of the above mentioned groups, materializing factors that allow the consolidation of real *parallel* states (González, Bolívar & Vásquez, 2003).

Through an *Analytic-Descriptive-Documental* methodology, the present research article considers as a principal aim to describe some theories concerning to the Colombian State arrangement, being its principal scope to admit the dissident groups have born and grown with the desire to replace the State, being constituted as one of the principal results of the present analysis, concluding, in consequence that exists a State unable to impose the order over its territory lacking of effective instruments to make to fulfill the Constitution, aspects that are constituted in accomplices for the configuration of the *institutional apartheid* phenomenon.

The research work covers the attention, in this particular case to consolidate a line of thought in terms of *quaestio* of study structuring in this sense a statement whereas withstands in strong theoretical components shall be encased in *practicality- speech practice-* (Alexy, 2003) allowing to understand paradigms landed in the Colombian reality.

Thus, in the attempt of justifying the navigation chart through which will pilot the thematic subject of study, can be held that the development of the same one is approached through the socio-legal method, which allows to set a fundamental contribution in the reflexive process of the society by means of the “scientific approximation to the practices that will be developed in its interior” (Moya Vargas, 2010).

In this way, as a whole with the proposed method, it is addressed the study through an *Analytic-Descriptive-documentary* methodology. In this

² It means, the right to live in a political community where such rights are recognized and protected.

order, the process began with a work of analysis and review of references and bibliography on theories of structural formation of the Colombian State being this one a task that relied strongly on works of specialized consultants and studies elaborated by different authorities, such as (Orjuela Escobar, 2000; González González, 2015; García Villegas & Espinosa, 2013; Terver, 2003; Vergne, 2015; Tilly, 2006 and Guay, 2007).

DEVELOPMENT

I. The Colombian State as an ‘unfinished construct’. A dialog of meeting by Orjuela, González, García, Terver & Vergne.

Colombia is an immersed country in the traditional violence, which affects all the aspects of society, including the justice. The population has assumed this and has developed specific behaviors in contrast to the violent or unfair situations. The previous item indicates a relation - significant - between the justice and the population with regard to the difficulties of the social -state based on the rule of law in Colombia.

In order to conceive the crisis of the State in Colombia, it is necessary to understand the connection between *politics, conflict and violence*, recognizing the society as a conflict network and social tensions that need to be mediated for a power “relatively autonomous” for the purpose of guaranteeing the persistence of the society itself, looking for the mechanisms to support certain equilibrium between *cooperation and conflict* in such a way that the society achieves certain minimum of cohesion that in our context it is too fragmented. (Orjuela Escobar, 2000)

According to Terver (2003), the situation of armed conflict, the political violence and the common crime in Colombia, among others, an important aspect of a malfunctioning of the Colombian society where the judicial system is not concerned, producing affectations face to the human rights that are supposed to be defended by the same Social -State of law, which to this day is challenged.

It is a fact that the State does not control the whole territory. According to Ramírez (2002), there are 190 towns where there are no policemen, nor army. In 380 towns, the police presence is totally inadequate since only 6 or 7 officers are a low capacity to train law enforcement against 60 guerrillas or paramilitaries. The Government is aware of this fact and must attend the

apprehension for reconquering its territory, situation that maybe would claim with eventual peace agreements with the rebellious groups.³

Under this panorama, Orjuela (2010) supports as central thesis of his text that, the Colombian State is characterized by its unfinished construction, its precariousness, its division or its unsuccessful or collapsed character, of such luck does not turn out to be admissible to think to the State without referring to a fragmented civil society, being a phenomenon that has been sharpened up to the point of thinking about the existence of a weak State.

Thus, under his line of thought, he sustains that the armed Colombian conflict has to be mostly with the ineptitude of the State to prevail on the local interests in order to solve historical problems as the land distribution and the incorporation of the national territory.⁴ The lack of a wide and effective social politic, and of state presence largely of the national territory, constitutes the reason of being from the patronage (González, 2003).

With the same sense agrees Vergne (2015), who demonstrates that the roots of the Colombian conflict are deep, as such it is a continuation of other forms of violence that existed in Colombia from the independence especially with the partisan violence that characterizes the relations between liberals and conservatives in the nineteenth century and the first half of the twentieth century. Indeed, many civil wars were decisive for the nineteenth century and opposed to the peasants who sustain the liberal or the conservative party. These civil wars - sectarian - took as a bottom agrarian social disputes between peasants and landowners:

The oligarchic structure of the society, inherited of the colonial period, and the unequal distribution of the land tells subsequent among the factors that explain the social tensions in the current preexisting conflict. (Guay, 2007)

It returns to be coincident with Orjuela (2010), on having supported that, due to the early emergence of the bipartisanship and of *de facto* powers

³ It is worth remembering that one of the big operations of recovery of the territory has as a paradigm the former distinction zone in the Caguán, zone demilitarized and returned on the occasion of the first peace negotiations in 1999. This zone would end with the failure of the negotiations on February 20th, 2002. The demilitarized zone has extended several times, always stopping more time in order that the FARC went away. The final term was on April 7th, 2002, but the FARC had not gone out of the territory yet. This operation, called Thanatos Operation, which the government had presented it as a glorious success, but without giving too many details, was revealed to take another look. Given many difficulties, the zone is quite far from recovery on the part of the insurgents. (Terver, 2003).

⁴ Both principal guerrilla movements, created in 1964, especially inspired by the model of Castro's revolution: the FARC and the ELN. Both guerrillas are partial to the armed fight and the protest against the oligarchy and the spoliation of lands. Later, there will be created other armed revolutionary movements as the EPL (Popular Military of Liberation) who was formed in 1967 and the Movement M19 (April 19th), which proves in 1970.

present in the regions in a moment which the process of training of the State was in its difficult beginning, acted as factors of cohesion and social identity, were constituted in political subcultures that prevented the establishment of a direct correlation between the State and the citizens.

The thesis by virtue which affirms the Colombian State is weak, it is shared by González González (2015) who holds as central idea of his thought, the weakness of the State is the consequence of the early Liberal and Conservative emergence of the political parties, in a moment which the process of formation of the State was in a difficult beginning. The parties, acting as factors of cohesion and social identity, prevented the establishment of a direct relation between the State and the citizens. The crisis of the parties and the worsening of their central role in the Colombian politic after the National Front, revealed the weakness of the State.

To the previous thing, in agreement with the same commentator, adds to this, besides to the armed conflict, the lack of redistribution of the land.

Gathering the thought of the mentioned authors, it becomes to be admissible to grasp, when the State does not have the sufficient autonomy to be constituted as generic form of the society, in order to provide the minimum of cohesion and arbitrate its conflicts, it could be a crisis of political integration, which expressions are a violence and anomy. (Orjuela Escobar, 2000).

From this perspective, it is possible to affirm that the current political Colombian crisis is a consequence of the weakness of the State, due to its historical inability to integrate the national territory and establish the legitimate monopoly of the force and the production of regulations. Hence, the Colombian State does not integrate, does not cohesives neither the population nor the territory, moreover, has reduced its aptitude to arbitrate and lead the conflicts and social tensions. These are solved to the edge of the public institutions, which is the reason of the emergence of diverse expressions of “parainstitutional”, such as the groups deprived from justice and defense, the mafias of drug trafficking and the guerrilla movements.

In agreement to the previous item, the approaches are fully consistent with García Villegas & Espinosa (2013) demonstrating inside the crisis of the State as a phenomenon that, analogically to the policies of racial segregation in South Africa, in the case of Colombia, it materializes an *institutional apartheid*

by virtue of which it exists a segregation founded on the prevalence of a few territories over others, situation that dissolves the possibility of claiming rights, making presence of the State in the whole national territory a constitutional intention that is not fulfilled in absolute manner.

The authors from the previous paragraph indicate that, in Colombia has existed an institutional neglect of the periphery, which has been translated in an institutional presence along the territory and functional to the drug trafficking and to the armed conflict. Nowadays, in Colombia exists, a weak presence of the State in the periphery of the country.

The Colombian State has not been capable of closing accurately the borders and managing a territorial domain that allows to impose its authority and to control the flow of criminals and enemies of the State. Another way to understand the abandonment of the periphery consists of looking at the geographic distribution of the performance of the state institutions at the local level. The degree of consolidation of the Constitutional state depends on territorial, economic and social factors. It is higher in the urban than the rural space, it is higher in the social spaces where the rich live than those where the poor live, and it is major in the center of the country than in the periphery (González, 2008).

In synthesis, the geographical complexity of the territory, the poor and damaged road and social infrastructure, the weakness of the judicial power, the difficulties of the policing powers, the ineffectiveness reformist of the traditional parties, are favorable conditions for the development of the parainstitutional, and in this measure contributes to the construction of the thesis defended by García Villegas & Espinosa (2013) by consolidating an *institutional apartheid* which, in the emptiness left by the State it is replaced by the patronage, the drug-traffickers, the guerrilla groups, and advocacy group and private justice, forming a panorama of *anomy* characterized by the violence and unworkability that leads to the systematic violation of the main responsibilities and constitutional principles- such a peace, coexistence, social cohesion, justice, equality-.

II. “Parcial collapse” or “differentiated presence” of the state in Colombia? Divergent differences among the thesis of Orjuela, González, García, Terver & Vergne.

Raising possible differences among the authors who lead the present

passage not only presumes ignore the existence of a fragile State, by contrast, it assumes an understanding of the crisis since private approaches, which, those do not move away from the prescribed in the previous subtitle, they deserve some comments. In this order, as a common point, that will lead to individual understandings, on the basis of understanding, the difficulties of the Colombian State - as in other Latin American countries- they begin for their inability to control the national territory. Nowadays, after more than two centuries of independence, Colombia is a country with opened borders, whereby are coming and going, at their whim, the criminals and enemies of the State. In view of this situation, it is worthy of study the analysis that each author carries out with possible differences between them, insisting, without setting aside the premise just exposed. This way, it appears:

1, Difference regarding to the weakness of the State. Even though for Orjuela (2010) the weakness of the State is due to the limited territorial integration that still characterizes to diverse regions of the Country becoming a problem of authority, for González González (2015) the situation does not seem to be so problematic. For this last author, the scant presence of the State in most of the Colombian populations must not be taken as an emptiness of authority. Instead of this, in conjunction with a very limited presence of the State, it still exists in the smallest strongholds of population, autochthonous mechanisms of social control and political organization; constituting approaches that support the presence of “parainstitutional”. It demonstrates that, the fact that the Colombian State have never had a total control of the territory either had not stopped the full monopoly of the legitimate violence, instead of being an anomaly or irregularity - unlike Orjuela (2010) who understands the situation as anomy-, it appears as part of our process of formation of the state institutions and the nation building.

2. Difference regarding to concept of a failed state. González González (2015) supports that instead of affirming that Colombia is an unsuccessful State that has lost the monopoly of the force and the justice in good part of its territory - as the authors claim like Terver (2003), García Villegas & Espinosa (2013), Orjuela (2010)-; it is necessary to depart from an entirely different point of view namely: the gradual and the troubled process of construction of the state institutions, based on the gradual integration of the different regions and in the arrangement of its populations to the economic and political life.

Thereby, instead of being a failed State - *as the other referenced authors have affirmed* - that it has lost the monopoly of the restriction, that would

be understood like a State that is gradually integrating new territories and marginal populations, where the presence of state institutions is not homogeneous but unequal, in accordance with the degree of interaction of these regions with the center of the Country and depending on the type of relation that is established between the central State and the existing factual powers into regions and localities.

3. Difference State in formation / Co-opted State. From García Villegas & Espinosa (2013), it exists an institutional imprisonment or what they title as a worse phenomenon, called *reconfiguration co-opted of the State*, which is understood as the appropriation of the institutional device of the State from a criminal organization. In this sense, they demonstrate that such a situation is caused when the *mafia power* generate alliances with *traditional political sectors* managing to conciliate the territories where they operate, stimulating under some way the economic development, acting with apparent appearances of legality, which, eventually, obey to strict criminal interests where coexists a *social paradoxical order* where the ‘civic conviviality’ subsists together with the empire of the crime.⁵

From the authors mentioned in this analysis, this approach is shared by Terver (2003) and Vergne (2015), who relied on Tilly (2006) argued that the State not only has not managed to control all its borders and to monopolize the legitimate use of the violence, but, it has not accomplished to practice what correctly *names as direct domain over the territories and populations*, it means, it has not achieved to eliminate the intermediaries or at least, to avoid overflows and its autonomy in the localities where they practice the power, which has privileged to *the cooption of the State*.

Contrario Sensu, for Orjuela (2010) and González González (2015) the situation differs, to the point of not treating the State as co-opted. For these authors, if the theories differently coexist over the origin and formation of the Colombian State, it comes to a point of meeting by virtue of which it affirms that the State in Colombia is an *unfinished and precarious construct* that is a product of a historical development succeeded from the hybridization between post-modernity and modernity.

The authors support that, in spite of the fact that it does not exist presence

⁵ This is probably what happens in some cities which present high indexes of institutional performance but, where, there are reasons founded to suspect about the capture of the State on the part of criminal organizations. This could be the case of some municipalities of Casanare's departments, Valle del Cauca, Meta and Bolívar, among others (Garay, Salcedo & De León 2010; Romero 2007).

of state institutions in so many regions of the country ‘someone give orders’, but, this phenomenon, it refers to the existence of *parainstitutional*, it is a state formation and gradual of territorial and social integration differentiated process, with regional changeable dynamics of agreement with the types of strategic interests, population and social regulation. Therefore, it demonstrates it is not necessary to discourse about a partial precipice or about a selective strengthening of the State-moving away from the cooption nominated by García Villegas & Espinosa (2013)-, but of its presence differentiated in the national territory, according to the structure of the precarious Central State with *de facto* powers immerse in various regions.

4. *The Idealization ‘failed’ of the Colombian State.* From González González (2015) it is criticized the idealization that has had the model of formation of the State, with full direct power over its territory and the presentation of this track record of state consolidation as one that must be passed along to the other societies.

In this line of thought it warns the limited scopes of the diverse positions about the characterization of the Colombian State - as “*unsuccessful*” State or “*on the verge of collapse*” - because they start from the ideal model of the modern European State and lose sight that the difficulties and limitations of the formation process of the Colombian State obey a track record of different state construction, coming to the point of supporting that the Colombian State is in formation.

Nevertheless, such approaches are exposed in a diametrically different way on the part of García Villegas & Espinosa (2013), where it affirms that the inaptitude of the State to protect successfully the rights of the partners and to enforce the law is not an exclusive phenomenon of Colombia, but all the Latin-American States suffer from such an inability. The specificity of the Colombian case is in the well-known major dimension of this inability, is due to, the failure of the State in the accomplishment of that Hobbes (1958) named *pactus subiectionis*, it means, the submission of the citizens to the central power. This disappointment includes not only the inability of the State to be imposed to the economic power - *dominium* - but also its inability to be imposed of coercive way over - *imperium* - the willingness of the individuals.

5. *From the differentiated presence of the State to the Institutional Apartheid.* Authors as González González (2015), Orjuela (2010) and Vergne (2015), propose the concept of the differentiated presence from

the State to express “the different way like these institutions operate and intervene in the diverse regions, according to its particular configurations and its type of structure with the economy, the politics and the culture of the nation as a whole “. And from there, the operational and the results of the institutions change in a considerable way according to the regions.

Nevertheless, a different tangentially understanding raises García Villegas & Espinosa (2013), since for these authors exists a phenomenon of segregation of population baptized as *institutional apartheid* that represents a situation of vulnerability and discrimination of the population locating them outside of the social agreement, who do not count on a state presence that allows them to make effective their rights - right to have rights-, bordering to a simple nominalization which locates them in a situation of vulnerability. It is important to indicate that the *institutional apartheid* is not always apparent and easy to detect. There are cases which the legality, and even certain legitimacy are accessible in territories where the institutions have been captured or co-opted by the armed or illegal actors.

The last authors support to be in presence of the *institutional apartheid* allows to think about the existence of a mafia State, which not only adopts the apparel of the legality, but also defends and operates with the right, but undermining its sense and providing the legality in favor of the illegality. It is even possible to obtain in these cases the assent of the populations who live there. Here, we are in presence of a foreign State to the constitutional order, however, it follows all its juridical forms and its routines, and hides a situation of institutional capture that leads to a domination and an oppression ⁶

III. Approach of possible fields of research on the occasion of the theoretical analysis.

Without pretention of manipulating all the variables that supposes the complexity of the State viewed from the approaches exposed in the previous clauses, it is assumed, in this opportunity, the description of the Colombian case as a good pretext to test the scopes and contributions that the theories studied offer; in this occasion, in possible scenes of research thanks to the present theoretical analysis.

⁶ Not everything what places in this point of extreme precariousness can be characterized as an institutional apartheid and it due to the fact that not all institutional weakness implies a severe degree of discrimination. Nevertheless, in the Colombian case this weakness is usually characterized by this phenomenon of segregation.

A conceptual fundamental aspect used by González González (2015) who comes from the analytical frame worked in the previous clauses, it refers to his offer of “an interactive and multiscale look of the armed conflict and the construction of the State in Colombia “. First place, this look focuses in the particularities of the territories, its social, political and economic specific aspects and the way how these lead to a determine dynamic of violence, of the armed conflict and of the political process.

Under this panorama, a possible theme of research takes as a central element a paradigm which places inside the dynamics of the armed internal conflict in Colombia, and relates to *the extrajudicial executions - false positives-*. From this point, the two principal contributions of the analytical frame with regard to the area of study is explained in this way:

1. Contribution from the theory of capture / cooption of the State.

From García Villegas & Espinosa (2013) and Terver (2003) can be sustained events that have happened to the interior of the Colombian State as the case of the *false positives* seem to be a clear paradigm of cooption of criminal groups to the State. It is because it is about a phenomenon that has been perpetrated on the part of paramilitary groups designed and controlled by militaries, being this one a situation that has been established by the Inter-American Court of Human rights in several cases against Colombia which has the state responsibility for the creation, promotion and development of the paramilitary.

In order to defend this contribution, not only appears from the cited authors described in the numeral present, but, it supplements this line of thought the thesis of Tilly (2006) who argues that exists an interdependence between the war and the construction of State, being a paradigm of the legitimate business of the protection, being possible to defend as central thesis of the author the fact by virtue of which the *war produces States*.

Inside the development of this hypothesis, it should not be ignored that; during the last ten years the Colombian State has done important efforts to improve the safety conditions of the population. For such an effect, the government of the ex-president Uribe designed a politic known as “democratic security”, destined to attack and debilitate the criminal organizations that act in the country. To achieve this intention; it was made an effort destined to strengthen technical and budget viewpoints to the Armed Forces.

Nevertheless, in spite of the fact, formally the security policy was directed against all the criminal organizations, in the practice, it has focused on the fight against the guerrilla and, especially, to prevent the kidnapping and the so-called “pescas milagrosas”. To this military bias in favor of one of the armed actors it is added the fact that the presence of paramilitary groups in zones which the Army was trying to defeat to the subversion gave place, in many cases, to ambiguous relations of tolerance and even of collaboration between the Armed Forces and the paramilitary ones, and, in this field it is found the justification of the CIDH position with regard to the convictions against Colombia for the reasons before mentioned.

2. Contribution from the formation “multiscale” of the armed conflict and the construction of the State. From this contribution, it can work the referential frame of the thematic area object of study, in the sense of examining the implications that encases the ‘Capture of the State as a “multiscale” stage of the armed conflict, asserting that those that capture not only pursue the power and the richness but also reduce its risk of penal exhibition, political legitimacy and social recognition; being the above mentioned, factors that come to be discussed by the most recent process of peace advanced in the Havana (Cuba), where, even, it is expected that the same State, through its agents - militaries - will be judged by ‘benevolence’ for the crimes against humanity which has committed, considering juridical the possibility of including the extrajudicial executions - false positives - in the negotiations, anticipating different alternative sanctions to the jail for its authors, being the previous a panorama that it is contemplated clearly in the article of the prestigious Legal Framework for the Peace - MJP - (*legislative act 01 of 2012*)⁷, where are provided the possibilities of *inclusion instruments of transitional justice* in favor of the completion of armed internal conflict, applicable to the agents of the State who have had participation in the same one.

In such a way, supporting the approaches from Garay, Salcedo Albarán, Beltrán, y Guerrero (2008), in partnership with García Villegas & Espinosa (2013) y Terver (2003), it can be sustained that the co-option of the State not only can come from legal actors but also from illegal actors and, in addition, not only has as an objective to ensure enforcement of the law. In

⁷ Legislative act 01 of 2012. Article 1°: “...The instruments of transitional justice will be exceptional and will have as a prevalent purpose to facilitate the accomplishment of the armed internal conflict and the achievement of the stable and lasting peace, with guarantees of not duplication and security for all the Colombian people; and to guarantee in the main possible level, the rights of the victims to the truth, the justice and the healing. A statutory law will be able to authorize that, in the frame of a peace agreement, it will be given a treatment differentiated for the different armed groups operating outside of the law that have been part in the armed internal conflict and also for the agents of the State, with reference to its participation in the same one ...”

this measure it proposes the concept of reconfiguration coopted of the State (RCdE), understood like:

...The achievement of organizations generally illegals - exceptionally legal - by means of illegitimate practices seek to modify, from within, the political regime of a systematic way and to influence in the formation, modification, interpretation and application of the rules of the game and of the public policies, to obtain sustainable benefits and to achieve that its interests will be validated politically and legally, and legitimized socially over the long term, although these do not obey the central interest of the social well-being (Garay, Salcedo Albarán, Beltrán, & Guerrero, 2008).

A clear example illustrates to better determine the quote that it has just referenced, particular emphasis, the MJP constitutes it, since the fact of contemplating a *treatment differentiated* for the agents of the State who have been part in the armed internal conflict supposes to achieve apparent 'sustainable benefits' - as the peace - thinking about the interests must be valid to political and legal level, nevertheless those do not obey the 'central interest of the social well-being' - if it is thought that, for some victims not to penalize the aggressor in the traditional manner (jail) cannot satisfy the ideal of justice-

The dynamics of the conflict armed in the regions adjust an institutionalism and pseudo-legal social order. It is denoted the way how the armed organizations establish a hybrid institutionally, between the legal and the illegal aspect, which replaces to the State, creating new and complex interactions among armed actors, civil society and institutionalism (Ortiz, 2001).

CONCLUSIONS

In a context as the Colombian State, characterized by the patronage, the corruption and, in general, for the institutional weakness, reveals another problem translated to the difficulty that has had to be imposed in the territory located inside its borders. Nowadays, a good portion of the Colombian territory continues being a border opened and not controlled institutionally, which has generated serious problems in terms of recognition and guarantee of rights of some zones of the Colombian State, concluding to demonstrate a noticeable population segregation that carries to crystallize the *institutional apartheid* phenomenon.

It has been exposed, after the study of the principal authors' thesis who constitute the analytical study, which exists a discrepancy into a institutionalism subject, being spread across the national territory, directly finding an involvement with the geographical heterogeneity that favors the development of social problems that, from the lack of institutionalism crystallize the armed conflict and the concentration of land ownership.

Significant wide portions remain the Colombian territory where the institutionalism is low or nonexistent. Due to this situation, and how it has been supported by some of the studied authors, especially by Orjuela (2010) it tries to compensate the inability of the State to treat the social demands in political terms with a strong insistence in the juridical dimension of such problems, being an example, as we stated earlier the paradigm of Legal Framework for the Peace.

The deficit of political maneuver of the governments causes the symbolic use of the legal speeches. Meanwhile, the more limited is the margin of political maneuver of the governments in Colombia and more uncontrollable is the violence, the more inclined are those mentioned problems in a such way that the institutional emphasis places in the legitimization, the communication and the symbolic use of the right and not over the result acquired. Due to the previous mechanism, it is interesting to let in the atmosphere, for example, the change of the governmental office, which it was given the opening to this reflection, it could assure the social cohesion in scenes of peace - *the same one that was supposed to negotiate last March 23rd, 2016 and did not happen* - and of post-conflict, or, by contrast, the selected representation by the President of the Republic proved to be merely symbolic.

The increase of the inefficiency of the State not only determines an growth of the violence produced by the social armed actors who take advantage of the weakness of the State to act, but also they cause an increase of the violations to the human rights on the part of the Armed Forces - false positives - and the organizations of national security, which decide to act out of the Constitution and of the law before the inefficiency of its legal actions. In Colombia, the State becomes institutionalized and involves in a social war that delegitimizes the social contract leaving it in the Utopia.

It is admissibly to talk about a State in *decomposition* whose pathology of collapse involves the inability of the State to manage justice and to integrate the territory. At this moment of collapse when the armed actors achieve a

considerable control of the territory offering the services of justice and security that agree to the State. In this order, it is succeeded to embrace that “the armed actors tend to behave as *quasi-States* and the war centers in the territorial appropriation of the power”

It is worth finishing with approaches that García Villegas (2000) shares, in the sense of supporting as an apocalyptic the panorama of institutional decomposition that has been announced, nevertheless, if it were not for the certainty that anyone has lived in Colombia – *it seems to raise it as a question of faith or hope* - of being in the middle of an extraordinarily dynamic society, willing to assume not only an enormous quota of sacrifice, but also of creativity and pragmatism to the moment to monitor an insurmountable obstacle of the social disintegration.

Lista de referencias

- Alexy, R. (2003) Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garay, L. J., Salcedo Albarán, E., Beltrán, I. & Guerrero, B. (2008). La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia. Bogotá, Colombia: Método-Avina Transparencia por Colombia.
- García Villegas, M., & Espinosa, J. R. (2013). El Derecho al Estado. Los Efectos Legales del Apartheid Institucional en Colombia. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- González González, F. (2015). Poder y Violencia en Colombia. Bogotá, Colombia: ODECOF.
- González, F. (2003). ¿Colapso parcial o Presencia Diferenciada del Estado en Colombia? Una Mirada desde la Historia. Colombia Internacional(58), 124-159.
- González, F. (2008). Hacia la Reconstrucción del País: Desarrollo, Política y Territorio en las Regiones afectadas por el Conflicto Armado. Bogotá, Colombia: Cinep-Odecofi.
- González, F., Bolívar, I. & Vásquez, T. (2003). Violencia Política en Colombia. De la Nación Fragmentada a la Construcción del Estado. Bogotá, Colombia: CINEP.
- Guay, R. (2007). Les femmes déplacées par le conflit en Colombie : l'expérience associative comme levier, d'Empowerment. París: UQAM.
- Guerrero Sierra, H. F. & Wilches Tinjacá, J. A. (2016). Víctimas, memoria y Justicia: Aproximaciones Latinoamericanas al Caso Colombiano. En Pardo Abril, N. G., Ruiz Celis, J., Pardo Abril, N. G. & J. Ruiz Celis (Edits.), Víctimas, Memoria y Justicia: Aproximaciones latinoamericanas al caso colombiano. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Moya Vargas, M. F. (2010). El Sistema penal en Hegel. Revista NOVUM JUS, 4(1). 57-72.
- Orjuela Escobar, L. J. (2000). La Debilidad del Estado Colombiano en Tiempos de

Neoliberalismo y el Conflicto Armado. Revista de Ciencias Sociales.

Orjuela, L. (2010). Cuatro Décadas de Reflexiones sobre el Estado en Colombia. En L. J. Orjuela, *El Estado en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Ortiz, C. M. (2001). *Actores Armados, Territorios y Poblaciones*. Análisis Político.

Ramírez, M. (20 de Octubre de 2002). Plan de Recuperación de todo el Territorio. (Y. Amat, Ed.) *El Tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1360398>

Samper, J. M. (1859). “La Confederation Grenadine : son territoire et sa population à la fin de 1858”. *Bulletin de la Société Géographique*, 207-211.

Terver, P. (2003). *La Colombie, un Etat remis en Question?* Lyon, Francia: Institut d’Etudes Politiques de Lyon.

Tilly, C. (2006). Guerra y Construcción del Estado como Crimen Organizado . *Revista Académica de Relaciones Internacionales* (5). 1-26.

Vergne, C. (2015). Colombie: l’enjeu des réformes structurelles et du processus de paix. *Macroéconomie & Développement*(17).

Post inscriptum: sobre la colección dignidad y paz

El presente escrito forma parte de la colección de trabajos Dignidad y Paz del semillero de Veritas Est Font Libertatis, como resultado de investigación del proyecto “*Derecho de las Víctimas como límite de la Justicia Transicional*”.

El equipo de trabajo está conformado por los profesores: Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. y Pedro Alfonso Sánchez Cubides, Ph.D. y por los estudiantes: Carolina Avella Gallego, Gladys Carolina Torres Bernal, Andrea Valentina Velásquez Salcedo, Jesús Gabriel Martínez Álvarez, Diego Felipe Nitola Cardozo, Juan Soracá, Sebastián Vásquez, y Wilmar Niño Hernández

Las obras las hemos relacionado así:

En el primer tomo titulado *Limites jurídicos de los Acuerdos de Paz: Limite constitucional e internacional en las modificaciones normativas* (Higuera, Silvera & Ortega, 2018) hemos realizado un estudio respecto de los alcances en materia de validez de las reformas necesarias en un proceso de paz, sometiendo las reformas a los juicios correspondientes en los escenarios nacional e internacional, lo cual implica realizar un estudio respecto a el control de convencionalidad en el ámbito interamericano (Higuera & Torres, 2018) y un análisis sobre la pertinencia y alcance de la doctrina de la sustitución a la Constitución como limite al poder de reforma en el sistema jurídico nacional (Higuera & Nitola, 2018).

Hechala aproximación jurídica, abordamos la materia desde un enfoque socio-histórico en la segunda producción *Guerra en Colombia: Contextualización para el reconocimiento de las víctimas con miras a la justicia transicional* (Higuera, Camacho & Archila, 2018). Conscientes de la enorme envergadura del tema enfocamos una primera parte en una aproximación somera, de tal suerte que el lector ajeno a la problemática pudiera acercarse y entenderla medianamente (Avella & Higuera, 2018). Para posteriormente desarrollar el estudio descriptivo sobre las tensiones actuales que se viven en nuestra sociedad (Avella, Martínez, Nitola & Niño, 2018).

Una vez desarrollado lo pertinente al marco jurídico y a la contextualización de los in-sucesos del conflicto armado, pasamos a estudiar el problema desde uno de sus mayores hechos victimizantes, es decir el desplazamiento

forzado, por lo que hemos realizado dos estudios, el primero de carácter jurisprudencial y descriptivo sobre *Protección a los derechos de los desplazados, el estado de cosas inconstitucionales y las sentencias estructurales* (Higuera & Velásquez, 2018), el cual se ve complementado con la investigación desde el punto de vista factico al evaluar el impacto de las medias jurisdiccionales, en: *eficacia, estado de cosas inconstitucionales sobre los derechos de la población desplazada en Colombia*. (Avella, Martínez, Nitola & Niño 2018). La coherente dualidad de estas obras dio nacimiento al escrito llamado *La población desplazada en Colombia. ¿Hacia un nuevo estado de cosas inconstitucionales?* (Higuera, Hernández & Cabrera, 2018)

Para complementar el análisis de la temática con enfoque teóricos y críticos, se realizó el tomo IV, *Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces: Entre la Política, la Democracia y el Derecho* (Higuera, Archila & Lemus, 2018), el cual consta de los trabajos respectivos a *El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho* Higuera (2018) en el cual se realiza una reflexión sobre la llamada objeción democrática a la competencia del juez constitucional, *análisis complementado con la fundamentación a la legitimidad política de la decisión judicial* (Martínez, 2018) en el cual se desarrollan los soportes conceptuales desde la ciencia política y la teoría del derecho. Por su parte Barajas y Rincón (2018), realizan el trabajo *La Influencia De La Moral En El Derecho, La Política Y El Desarrollo Empresarial*, estudio relativo a la influencia de los marcos axiológicos en la configuración del sistema jurídico, su alcance como referentes de validez y su vigencia en nuestros ordenamientos, finalmente presentamos el texto en ingles *from the unfinished construction to the Colombian state cooption. an institutional crisis as an apartheid paradigm* (Alonso, 2018), en el que se expone un análisis crítico a la institucionalidad y viabilidad nacional desde la teoría del estado.

Finalmente, los escritos que componen el último tomo se han organizado así: uno inicial de carácter pedagógico, en el *Marco conceptual sobre derechos humanos* (Sánchez, 2018), un segundo texto enfocado al análisis crítico de los derechos humanos en *Los derechos de las víctimas en el posconflicto. Ley de víctimas y restitución de tierra, dualidad respecto de la sostenibilidad fiscal* (Higuera & Niño, 2018), por su parte Barajas y Rincón (2018), desarrollan lo pertinente a la *responsabilidad de las personas jurídicas del sector privado en afectación a derechos humanos colectivos*,

perspectiva desde las minas, canteras e impacto ambiental, mediante un trabajo que une la preocupación por el estudio de los derechos humanos con la pertinencia contextual del señalamiento de la empresas privadas, la obra concluye con una reflexión directa sobre los acuerdos en el caso colombiano en el capítulo *Marco jurídico para la paz-mjp-: un falso positivo con beneficio de inventario* (Alonso, 2018), estos cuatro trabajos componen la obra *Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal*. (Higuera, Hernández & Archila, 2018).

Conscientes de la necesidad de perfeccionamiento permanente, invitamos a toda la comunidad a enviar sus sugerencias, críticas y aportes al correo semillerojusticiasocial@gmail.com

Referencias

- Alonso, E. H. (2018) ingles from the unfinished construction to the Colombian state cooption. An institutional crisis as an apartheid paradigm. En D. M. Higuera, C. Archila y D. I. Lemus (2018). (Comp.). Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces. Entre la Política, la Democracia y el Derecho. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial coruniaamericana.
- Alonso, E. H. (2018) marco jurídico para la paz -mjp-: un falso positivo con beneficio de inventario. En D. M. Higuera, O. Hernández, y J. Archila (2018). (Comp.). Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Avella, C. & Higuera, D. M. (2018). Contextualización: la guerra en Colombia, contexto de las víctimas con miras a la justicia transicional. En D. M. Higuera, M. Camacho y C. M. Archila (2018). (Comp.). Guerra en Colombia: Contextualización para el reconocimiento de las víctimas con miras a la justicia transicional. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Avella, C., Martínez, J., Nitola, D. & Niño, W. (2018). Eficacia, estado de las cosas inconstitucionales sobre los derechos de la población desplazada en Colombia. En D. M. Higuera, O. Hernández y J. Cabrera (Comp.). (2018). La población desplazada en Colombia. ¿Hacia un nuevo estado de cosas inconstitucionales? Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Barajas, C. & Rincón, J. (2018). responsabilidad de las personas jurídicas del sector privado en afectación a derechos humanos colectivos, perspectiva desde las minas, canteras e impacto ambiental. En D. M. Higuera, O. Hernández y J. Archila (2018). (Comp.). Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera D. M. (2018) El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. En D. M. Higuera, C. Archila y D. I. Lemus (2018). (Comp.). Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces. Entre la Política, la Democracia y el Derecho. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.

-
- Higuera D. M. y Niño. W. (2018) Los derechos de las víctimas en el posconflicto. Ley de víctimas y restitución de tierra, dualidad respecto de la sostenibilidad fiscal. En D. M. Higuera, O. Hernández y J. Archila (2018). (Comp.). Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. & Velásquez, A. (2018). Protección a los derechos de los desplazados, el estado de cosas inconstitucionales y las sentencias estructurales. En D. M. Higuera, O. Hernández & J. Cabrera (Comp.) (2018). La población desplazada en Colombia. ¿Hacia un nuevo estado de cosas inconstitucionales? Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. M., Archila, C. & Lemus, D. I. (2018). (Comp.). Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces. Entre la Política, la Democracia y el Derecho. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial coruniaamericana.
- Higuera, D. M., Camacho, M. & Archila, C. M. (2018). (Comp.). Guerra en Colombia: Contextualización para el reconocimiento de las víctimas con miras a la justicia transicional. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. M., Hernández, O. & Archila, J. (2018). (Comp.). Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. M., Hernandez, O. & Cabrera, J. (Comp.). (2018). La población desplazada en Colombia. ¿Hacia un nuevo estado de cosas inconstitucionales? Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. M., Silvera, A. & Ortega, J. D. (Comp.). (2018). Límites jurídicos de los Acuerdos de Paz: Límite constitucional e internacional en las modificaciones normativas. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Higuera, D. y Nitola, D. (2018). Doctrina de la sustitución de la constitución, de las reformas constitucionales y los alcances de los marcos jurídicos para la paz. En D. M. Higuera, A. Silvera y J. D. Ortega (Comp.). (2018). Límites jurídicos de los Acuerdos de Paz: Límite constitucional e internacional en las modificaciones normativas. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.

-
- Higuera, D. y Torres, G. (2018). El control de convencionalidad como mecanismo de protección a los derechos de las víctimas en el caso colombiano. En D. M. Higuera, A. Silvera y J. D. Ortega (Comp.). (2018). Límites jurídicos de los Acuerdos de Paz: Límite constitucional e internacional en las modificaciones normativas. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Martínez, J.G. (2018) fundamentación a la legitimidad política de la decisión judicial. En D. M. Higuera, C. Archila y D. I. Lemus (2018). (Comp.). Legitimidad de la decisión judicial y gobierno de los jueces. Entre la Política, la Democracia y el Derecho. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.
- Sánchez. P.A. (2018) Marco conceptual sobre derechos humanos. En D. M. Higuera, O. Hernández y J. Archila (2018). (Comp.). Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal. Barranquilla, Colombia: Sello Editorial Coruniamericana.