



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso colombiano

Renata Inés Amaya González

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia

2018

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso colombiano

Renata Inés Amaya González

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito para optar al título
de Doctora en derecho

Director (a):

Ph.D. Betsy Perafán Liévano

Codirector (a):

Título (Ph.D., Doctor, Químico, etc.) y nombre del codirector(a)

Línea de Investigación:

Derecho constitucional, historia constitucional y teoría jurídica

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Doctorado en Derecho
Bogotá, Colombia

2018

“Prejudice, a dirty word,
and faith, a clean one,
have something in common:
they both begin
where reason ends.”

Go set a watchman, Harper Lee

Agradecimientos

A mi familia, amigas, novio y compañeros de trabajo. Particularmente a Betsy Perafán Liévano por su apoyo incondicional. A Oscar Mejía Quintana por sus aportes invaluable en la construcción de la tesis y en la definición del objeto de investigación: un director natural. A Jorge Gutiérrez jefe y amigo, a Juny Montoya que siempre me ha dado luces en mi trabajo y lo ilumina todo el tiempo. A Carolina Sierra que me ayudó en desayunos y conversaciones a definir mi hipótesis de trabajo, quizás es tan suya como mía. A Nubia Mateus, Paula Comellas, Carolina Moreno, Clara Inés Rodríguez y a todos los que me han ayudado con su tiempo y paciencia.

Resumen

En la presente investigación doctoral se quiso probar que la Constitución colombiana no es laica. Contiene una apuesta constitucional pluri-religiosa que no es neutral frente al tema de dios y avala la protección de un dios que reconoce la diversidad religiosa y que se denomina el *dios ilustrado* pues los valores y principios en que se inspira son propios del iusnaturalismo racional e histórico, coincidiendo con aquellos que trajo el proceso de la ilustración propio de la modernidad y siendo esta corriente el punto de unión entre la Carta de 1886 y la de 1991. Así pues, se entiende que la Carta de 1991 es una carta creyente en el dios ilustrado y que Colombia pasó de ser un estado fundado en el poder de dios, a uno en el poder del pueblo, con legitimidad en la protección supra-legal del *dios ilustrado*. El *dios ilustrado* no crea una constitución laica, sólo evidencia que los principios y valores ilustrados deben ser garantizados constitucionalmente. El dios ilustrado, a través de sus guardianes, los magistrados de la Corte Constitucional, debe luchar constantemente contra el poder de la voluntad popular, con el único propósito de hacer prevalecer los valores y principios de la Carta, la dignidad humana y los derechos fundamentales, tal como se ha hecho tangible en los casos del matrimonio igualitario y de la adopción para todos los ciudadanos y ciudadanas.

Palabras clave: Dios ilustrado, constitución creyente, laicidad, confesionalidad, pluri-religiosidad, matrimonio igualitario, adopción para todos los ciudadanos

Abstract

The present doctoral research had the purpose to prove that the Colombian Constitution is not secular. It contains a pluri-religious constitutional approach, which is not neutral in terms of God. It supports the protection of a God that recognizes religious diversity and the enlightened God – main theoretical category of the research - referred to the body of values and principles on which it is based on. The Colombian Constitution is embodied in natural law (rational and historic), coinciding with the values which inspired the enlightenment process through modernity, and natural law is the core point that linked the 1886 Political Constitution and the 1991 Political Constitution in the Colombian case. Therefore, the previous said means that the 1991 Constitution is a believer God illustrated Political Constitution and that Colombia went from being a State founded on the power of God, to one, founded in the power of the people, with legitimacy in the enlightened God's supra-legal protection. Enlightened God does not create a secular Constitution, only evidence that the enlightened values and principles should be constitutionally guaranteed. The enlightened God, through their guardians, the judges of the Constitutional Court, must constantly fight the power of the will of the people, with the sole purpose of making the values and principles of the Constitution prevail as well as, human dignity and fundamental rights, as it has become tangible in cases of equal marriage and adoption for all citizens.

Keywords: Enlightened God, Believer constitution, separation between church and state, secularity, pluri-religious approach, equal marriage, adoption for all citizens

Contenido

Introducción	9
Capítulo 1. Análisis del debate en torno a las categorías conceptuales básicas sobre laicidad, confesionalidad y pluri-religiosidad	40
1.1. Criterios de diferenciación entre tres sistemas normativos: derecho, moral y religión	41
1.2. La laicidad en el Estado	45
Capítulo 2. Rastreado los vestigios del derecho natural en el caso colombiano.....	54
2.1. Colombia ilustrada desde el iusnaturalismo	58
2.1.1. La Ilustración y su paso por el constitucionalismo y la cultura jurídica hispano-americana	59
2.2. Una mirada a nuestra cultura jurídica: reinterpretación de textos hermenéuticos	75
2.2.1. El embrujo jurídico	76
2.2.2. Lo impuro de nuestra cultura jurídica.....	83
2.2.3. El derecho como cura: la eficacia simbólica.....	88
2.3. El derecho y su devenir entre la moral y el positivismo	92
2.3.1. La pureza del derecho	92
2.3.2. Una reconstrucción conceptual y una línea divisoria entre teoría y filosofía.....	97
2.3.3. Dos líneas teóricas: el hábito y la realidad social; la validez y la facticidad.....	102
Capítulo 3. De la carta política como instrumento jurídico, hasta la constitución como instrumento político	114
3.1. La constitución contextualizada.....	115
3.1.1. Incorporación constitucional de valores extra-normativos: el caso del bloque de constitucionalidad.....	115
3.1.2. El alcance de la Constitución y la pertinencia de los tribunales constitucionales	120
3.1.3. Constitucionalismo y violencia: la paradoja del caso colombiano	129
3.2. El alcance de la Constitución y sus implicaciones desde el Estado social.....	132
3.2.1. Desde la Constitución y su defensa: la discusión entre Schmitt y Kelsen ...	132
3.2.2. Una aproximación al Estado social.....	140
3.3. La Constitución: desde lo teórico hasta la práctica.....	143
3.3.1. Una aparente obviedad: De la desigualdad a la igualdad	143
3.3.2. Los desacuerdos y la ingenuidad en el iusnaturalismo: crítica a la hipótesis.....	147
3.3.3. Versiones sobre la libertad.....	150
Capítulo 4. La argumentación jurídica, la interpretación judicial y su rol en la definición de estado y del derecho.....	154
4.1. La argumentación jurídica, el derecho natural, la definición de Estado y de Constitución	155
4.1.1. Los límites de la argumentación jurídica	156
4.1.2. Principios, valores y regla de reconocimiento como evidencia moral y extra-jurídica	160
4.1.3. Los principios y los límites de la argumentación jurídica	164

4.1.4. Comenzando por el final: Alexy y la teoría de la argumentación jurídica	167
4.2. Miradas diversas sobre la argumentación e interpretación jurídica desde la Constitución y la decisión judicial	169
4.2.1. La argumentación e interpretación desde la Constitución y la decisión judicial	170
4.2.2. Una aproximación al caso estadounidense	173
4.2.3. Una mirada desde los estudios críticos: ¿Existen límites para la decisión judicial?	178
4.3. Enfoque para el análisis de la Constitución y sus principios	180
4.3.1. ¿Universalidad de los derechos humanos?	181
4.3.2. El rol de nuestro tribunal constitucional	187
4.3.3. Un reto frente al formalismo jurídico	192
Capítulo 5. Dos constituciones creyentes: desde el imperio del estado confesional hasta la Constitución de 1991	196
5.1. El imperio del estado confesional	196
5.2. La constitución confesional y la imposibilidad de separar la iglesia del estado	202
5.3. La historia del concordato: vigencia vs imaginario	206
5.4. Caracterización de la Constitución de 1886: ideología y derecho natural	215
5.4.1. Una primera aproximación a los casos paradigmáticos: el matrimonio y la adopción durante el imperio de la Constitución de 1886 y su camino hacia la Carta de 1991	223
5.4.2. Desde la constitución del dios católico hasta la constitución del <i>dios ilustrado</i>	229
5.4.3. Caracterización de la Constitución de 1991 como carta creyente y pluri-religiosa	231
5.4.4. La Corte Constitucional y el paradigma de la adjudicación constitucional desde el derecho natural	240
5.4.5. Los modelos de adjudicación constitucional y propuestas constitucionales: perspectivas teóricas	272
5.4.6. Una segunda mirada a los casos paradigmáticos: la aplicación de los mismos desde la nueva carta creyente	286
Capítulo 6. Colombia: entre la confesionalidad y la laicidad: ¿esquizofrenia confesional?	318
6.1. Sobre la historia constitucional y el derecho natural	319
6.2. Sobre la Constitución como herramienta jurídica y política	322
6.3. Sobre la argumentación jurídica y la interpretación judicial desde el derecho natural	328
6.4. Sobre la laicidad	331
6.5. Sobre el reconocimiento de la pluri-religiosidad y la laicidad en la Carta de 1991	334
6.6. Sobre el bloque de constitucionalidad	343
6.7. Desde el iusnaturalismo racional-histórico hasta el iusnaturalismo ilustrado: la apuesta por el dios ilustrado	344
6.8. Sobre la muerte del dios ilustrado	346
7. Conclusiones	356

Introducción

El problema que abarca la presente tesis doctoral consiste en establecer si la Constitución colombiana se puede entender como un proyecto laico o si por el contrario, continúa siendo una propuesta confesional pero que en lugar de afiliarse a un único dios, acepta la diversidad religiosa. Por su parte, en este trabajo y en términos de análisis crítico, se quiere sostener que lo que resulta problemático no es si la Constitución es laica o no, sino el hecho de no reconocer que la Carta Política y el Estado colombiano continúan siendo *creyentes*, pues evadir el tema es negar la realidad social que acompaña las normas y su posible interpretación. En este sentido, se pretende establecer si las normas y la jurisprudencia en el caso de la adopción monoparental o por parte de parejas homosexuales o de cualquier otra construcción diversa de familia constituyen o no una evidencia de que en Colombia la Carta Constitucional es una carta creyente¹. Teniendo en cuenta esta idea, a continuación, se presentarán los siguientes elementos que describen la investigación realizada:

- El problema de investigación que se divide en: *Contextualización de la problemática* y definición del *Problema de investigación* que pretende cuestionar a la Constitución colombiana desde tres acontecimientos: el imperio de la constitución confesional, el camino hacia una constitución laica y no confesional y la existencia o no de una constitución creyente con un proyecto pluri-religioso.
- Una síntesis del estado del arte, en el que se presentan los rasgos generales del alcance del debate entre derecho, un abrebocas sobre el tratamiento del matrimonio en la Constitución de 1886, entendida como un ejemplo que ilustra cómo era la carta política confesional que perduró en el país por más de un siglo.
- La hipótesis de la que se parte y que se quiere poner a prueba, ya sea para su validación o su rechazo.
- La propuesta metodológica que pretende diferenciar entre metodología y método.
- Los objetivos, generales y particulares.

¹ Desde el inicio de esta investigación, vale la pena aclarar que la constitución se entiende como un texto normativo que se dinamiza y cobra vida gracias a la interpretación que los jueces de su tribunal constitucional hacen de ella, a través de sus decisiones.

-
- El itinerario, entendido como la hoja de ruta que guiará al lector a lo largo de la presente investigación.

Contextualización de la problemática

La realidad política colombiana actual se debate entre una historia de violencia indiscriminada que se presenta en medio de un proceso de paz con un grupo al margen de la ley que generó un conflicto interno que duró más de 60 años² y una Constitución Política que se constituyó, hace más de dos décadas, como emblema del constitucionalismo latinoamericano y que además en el momento en que comenzó a regir (1991), fue considerada una de las cartas políticas más progresistas en términos de derechos en el continente. Uno de los grandes cambios que se presentó con la Constitución de 1991 fue intentar que la misma no estuviera enmarcada, por lo menos no de forma exclusiva, en la religión católica, emblema del imperio del estado confesional que se consolidó en el siglo XIX con la Constitución de 1886. Desde ese momento, el mundo jurídico y constitucional colombiano continuó debatiéndose entre el mayor poder religioso y su incidencia en el estado e intentos constitucionales y legales por limitarlo, que derivaron en confrontaciones políticas entre conservadores y liberales, que se prolongaron hasta la última década del siglo XX.

En este contexto y aunque en el *Preámbulo* de la Carta Política de 1991 continúa existiendo una referencia a la protección de Dios, muchos hablan de un cambio de paradigma, de una apuesta por la laicidad del estado. Dicha apuesta se afianza en derechos fundamentales consagrados en la Constitución, tales como: el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de conciencia (artículo 18), la libertad de cultos (artículo 19), la libertad de expresión y prohibición de censura (artículo 20) y la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (artículo 27), que también se considera un derecho social, económico y cultural (artículos 67 y 68) (República de Colombia, 2012).

² Es preciso destacar que el Gobierno Nacional bajo el mandato del presidente Juan Manuel Santos logró firmar un acuerdo con el grupo hasta ese momento guerrillero, de las Farc, el 24 de noviembre de 2016. El nombre del documento final fue: "Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".

Pese a ello, todos estos derechos también pueden ser leídos como invitaciones a la pluri-religiosidad, que de hecho evidenciaría una preferencia por la expresión de las creencias sobre el silencio o la intimidad en el desarrollo de las mismas y es precisamente esta dualidad, la que se quiere abarcar en la presente investigación. En el presente trabajo, se considera que la aceptación de la laicidad o de la pluri-religiosidad, constituyen apuestas completamente diferentes en términos constitucionales y de interpretación de la Carta Política, así como en términos del ejercicio de la libertad, de su desarrollo, de la concepción de estado y del ejercicio del derecho entendido como una disciplina encaminada a garantizar la justicia.

Para ilustrar el contexto enunciado se presentan dos posiciones que en nuestro país se contraponen. En una de ellos, se apela a la laicidad y a la separación completa entre la moral religiosa y el derecho, dando lugar en casos paradigmáticos, por ejemplo, a legalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos, en los que las consideraciones morales no se inspiran en dios sino en la necesidad de dar primacía a los derechos de la mujer entendida como sujeto de derechos; y en el otro, a intentar evitar que dichos casos sean regulados y aplicados apelando a razones de derecho natural –que pueden tener fundamento en el iusnaturalismo teológico³ -, a razones que se derivan de la escolástica con un fuerte matiz religioso y(o) moral, a planteamientos que hablan sobre la vida como un bien superior, sagrado e inviolable, entre otros.

Otra situación que evidencia el anterior planteamiento sería el debate constante entre la aceptación regulada de los derechos de las parejas homosexuales vs. su negación en temas como la adopción, siendo posible afirmar que se les da un tratamiento igualitario *a medias*, que incluso llevó a la escena política y legislativa el debate sobre la posibilidad de adoptar para padres solteros o para padres homosexuales, que en últimas refleja una preferencia que se supone constitucional por la familia conformada por padre, madre e

³ Al respecto revisar el texto de Carlos Santiago Nino: *Introducción al análisis del derecho* (Morales Hoyos, 2016).

hijos⁴. En otras palabras, se presenta una igualdad mediada de la siguiente forma: son iguales siempre y cuando dicho ejercicio de la igualdad no implique la transformación de instituciones civiles, pero con historia religiosa, como el matrimonio o incluso la adopción, que se suponen avaladas por valores morales que hablan de lo *normal*, entendiendo este término como sinónimo de lo heterosexual. Ahora bien, es imposible ignorar los cambios y reconocimientos que en estos temas se han presentado en los últimos años.

En síntesis, nos debatimos en diversos escenarios: 1. Asumir el libre desarrollo de la personalidad y la diversidad de creencias y la apuesta por una Constitución laica; 2. Asumir que la moral mayoritaria continúa siendo aquella propia de la religión católica, cuyo sustento sería que son precisamente estos valores los que parecerían estar en el imaginario ciudadano, en la Constitución y en la interpretación que se deriva de ella; esta sería la apuesta por el estado confesional; y 3. Asumir que pese al poder de la Iglesia católica, el estado colombiano ahora evidencia un aumento de tendencias religiosas diversas que es preciso reconocer, como en efecto se hace constitucionalmente, llevándonos así, a la tercera apuesta, aquella que habla de una Constitución pluri-religiosa, pero en la que se quiere además mostrar que pese al reconocimiento de la diversidad de creencias, se considera que aquellas que se relacionan con la tradición de la Iglesia católica son *las más apropiadas, las más convenientes, las más reconocidas*, situación que se ha hecho evidente en diversas sentencias de la Corte Constitucional que al actuar como tribunal constitucional, habla por y desde la Constitución Política⁵.

⁴ Al respecto ver el archivado Proyecto de Ley “Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer”, presentado por la entonces senadora Viviane Morales Hoyos en julio de 2016 (Morales Hoyos, 2016).

⁵ Hay cifras y estudios sociológicos que establecen que los colombianos han sido y continúan siendo principalmente católicos, de ello se derivan análisis que señalan que los valores que hacen parte de estas posturas religiosas coinciden con los valores básicos de cualquier democracia. Por su parte, autores como Beltrán Celys, señalan que durante la mayor parte del Siglo XX no se contó con estadísticas oficiales de la afiliación religiosa de los colombianos, lo cual podría obedecer, entre otras cosas, a que se daba por sentada la mayoría católica. Pese a ello, desde la segunda mitad del Siglo XX, se comienza a presentar una reconfiguración religiosa, siendo más notable la población de otras tendencias como protestantes, judíos y musulmanes, así como católicos no practicantes. En un estudio cualitativo realizado por el autor en 2010, en las principales ciudades del país y en algunas ciudades intermedias, en el que ilustra la reconfiguración religiosa, se concluye que: “(...) los datos confirman que aun cuando la mayoría de los colombianos sigue creyendo en el Dios de los cristianos, se identifica cada menos con la Iglesia Católica. Asimismo, esa mayoría

Problema de investigación: imperio del estado confesional, proyecto laico o proyecto pluri-religioso en el caso colombiano

El problema abarcado en el proyecto de investigación doctoral consiste en considerar que pese a los avances que la Constitución de 1991 evidencia en materia de separación entre el estado y la Iglesia Católica, **es posible asumir que la Constitución colombiana no es laica, sino pluri-religiosa**. Es así como, la pretensión o aspiración de laicidad, comienza a ser difusa desde el preámbulo de la Carta de 1991, en el que se invoca la protección de Dios, evidenciando que el Estado colombiano no es neutral en temas de moral religiosa. Por otro lado, al garantizar la libertad de conciencia, es decir, el reconocimiento de la existencia y del ejercicio de diferentes creencias refleja que la existencia de dios NO es indiferente frente a la concepción de Estado ni frente a la forma en que se garantizan los derechos.

De lo anterior se deriva que la Constitución de 1991 exige la aceptación de diversas formas de ver el mundo, miradas que se tienen que incluir discursivamente, a través de las posibilidades jurídicas que existen para garantizar los derechos fundamentales, y de aplicar principios y valores de carácter constitucional como la dignidad humana y extra-normativos, como la concreción del contenido de esta última categoría valorativa.

Sin embargo, en la práctica, dicha aceptación, es decir, el reconocimiento de la pluralidad religiosa, se traduce en la continuación de una relación entre el derecho y dios que afecta y define la manera en que se entiende y se interpreta la Carta Política; siendo posible afirmar que Colombia se debate entre tres escenarios: 1. Aproximaciones jurídicas con contenido religioso; 2. Otras que pretenden blindar al derecho de contenidos morales

contempla cada vez con mayor frecuencia la posibilidad de "cambiar de iglesia" o "cambiar de religión" (Congreso de la República de Colombia, 1952). Estos estudios permiten asumir dos cosas: 1. Como se dice que la mayoría del pueblo colombiano es católico, se asume que es así; 2. Colombia no es neutral frente a dios, pero no necesariamente se trata del dios de la religión católica.

en general que sería la intención laica; 3. Otras que provienen de una dimensión diferente que acepta la presencia de dios, pero no le da primacía a una visión teológica particular, sino que, como se afirmará en la tesis, a partir de postulados del derecho natural, da lugar a un nuevo dios, el *dios ilustrado*⁶, categoría analítica que se deriva de la presente investigación y que es el resultado de aplicar la razón y la historia, el iusnaturalismo racional-histórico, en la construcción del discurso de derechos y en la aplicación de los mismos, a través de la Corte Constitucional, nuestro tribunal constitucional.

También se puede afirmar que la confusión entre laicidad, confesionalidad y pluri-religiosidad, no sólo se evidencia en diferentes artículos de la Carta Política, sino que, por la ambigüedad discursiva, es posible cuestionar si lo que ocurre es un afianzamiento del estado confesional en el que el país se ha mantenido con mayor o menor fuerza constitucional desde la independencia, o si gracias a los fenómenos de la modernidad, el país está encaminado hacia la consolidación de un estado laico, afirmación que se pretende cuestionar a lo largo de la presente investigación.

Así, en un principio se podría afirmar que Colombia, como estado, está dispuesta a aceptar diversas formas de ver el mundo y creencias. Sin embargo, en la práctica dicha aceptación se traduce en la continuación de una relación entre derecho y moral religiosa, fomentada en gran medida por las iglesias y por los medios de comunicación que, sin duda, juegan un papel esencial en la definición de estado y sociedad que tienen los ciudadanos; siendo entonces posible establecer que Colombia aún se debate entre aproximaciones

⁶ Esta es quizá una de las aclaraciones más importantes para entender el hilo conductor del presente documento. ¿Cómo se llega a hablar del dios ilustrado desde la pluri-religiosidad? O ¿cómo es posible de pensar en el dios ilustrado y en la pluri-religiosidad? ¿no evidenciarían una contradicción? La respuesta frente a estas preguntas fue la siguiente. La pluri-religiosidad avalada constitucionalmente, a través de la libertad de credos, permite que cada persona piense y crea en lo que quiera, pues es parte de su esfera íntima, inviolable y de la construcción de su identidad. Pese a ello, cuando estas creencias se llevan a la esfera pública, tendrán que pasar la prueba del dios ilustrado. Esta prueba se puede denominar como el test de los derechos fundamentales, que se responde, en principio de manera simple: La creencia o la religión que detenta vulnera alguno de dichos derechos fundamentales, de ser así, contrariaría la Constitución y al tribunal constitucional, constituido por los magistrados guardianes de la Carta no podrían avalar dicha creencia o religión. En otras palabras, la libertad de credos tiene como límite al dios ilustrado. Por esto, no se considera contradictorio pensar en una Constitución pluri-religiosa y creyente en el dios ilustrado, que es la categorización que se le otorga a nuestra Carta en la presente tesis doctoral.

morales con un fuerte contenido religioso, particularmente de carácter católico, y otras que pretenden darle objetividad a las normas jurídicas y al derecho, bajo el velo de una, por lo menos, *cuestionable existencia de la laicidad*.

Entonces en la presente investigación se problematiza la supuesta existencia de una constitución laica en el caso colombiano. Ello, para entender cómo se ha presentado el proceso de transformación de Colombia desde el imperio del estado confesional (Constitución de 1886) hasta los logros, que en términos de aceptación de la diferencia y de laicidad tuvieron lugar con la Carta Política de 1991, que se considera como una nueva carta creyente, pero en un dios diferente, el dios ilustrado que avala la pluri-religiosidad.

Para lograr lo anterior, se realiza una reconstrucción del proceso de separación entre la Iglesia Católica y el estado colombiano; separación que se considera un fenómeno propio de la modernidad. Ello, para establecer si Colombia continúa siendo un estado confesional, o si se ha transformando en un estado laico o en un estado creyente con aceptación de la pluri-religiosidad; aunque, sin duda, más liberal que el que acompañaba el desarrollo de la Carta de 1886. También se elabora una aproximación argumentativa para responder a la pregunta sobre cuáles son las posibles implicaciones de asumir a Colombia como un estado liberal con una constitución creyente.

En este contexto, uno de los elementos que se ilustra en la presente investigación es la forma en que la relación mencionada y la falta de claridad frente a la laicidad o confesionalidad, han sido desarrollados en temas emblemáticos tratados jurisprudencialmente, particularmente se trabajarán los casos del matrimonio igualitario y de la adopción por parte de familias no heterosexuales, retando con esto la definición contenida en el artículo 42 de la Carta Política y el planteamiento de familia que se deriva de la definición de matrimonio que presenta en el Código Civil.

Frente a la pregunta acerca de si asumir que Colombia continúa teniendo una

constitución creyente deriva en un escenario positivo o negativo, con la presente investigación se quiere mostrar que lo que resulta cuestionable no es presentarse como un estado laico, confesional o pluri-religioso; sino intentar mostrar la laicidad del estado donde no existe para evidenciar cuánto ha evolucionado la sociedad e ignorar con ello, que las normas constitucionales y su interpretación desde el tribunal constitucional, que sería una manera de hablar desde la Constitución, responden a valores y principios morales, algunos religiosos y otros no, pero valores y principios que no se pueden ignorar y que implican entender que la Constitución, los jueces que la interpretan y la sociedad en general determinan su ser y su deber ser a partir de ellos. Adicionalmente, se quiere mostrar que el derecho natural, además de estar presente en nuestra Constitución y en las decisiones de la Corte Constitucional, se debate entre interpretaciones racionalistas e historicistas, acogiendo para esto las definiciones de Nino que se presentaran más adelante (Nino, 1983)⁷.

Desde el Estado del arte hasta el Marco Teórico

Una aclaración inicial que resulta fundamental es entender que, en la presente investigación, el estado del arte se entrecruzó con el marco teórico. Ello, en la medida en que, por la tesis planteada, y pese a existir numerosa bibliografía relacionada de diferentes maneras con la diferencia entre moral y derecho, fue difícil encontrar textos particulares que hablaran de una constitución creyente o del constitucionalismo colombiano como constitucionalismo basado en el derecho natural y en valores religiosos. En efecto, como se verá, es una tesis fuerte y difícil de sostener como una realidad unilineal a lo largo del tiempo.

Pese al aparente obstáculo inicial, el estado del arte/marco teórico se basó en el trabajo de historiadores como Marquardt, Valencia Villa y de teóricos como Ricardo Arias, que cuando presentan la historia constitucional de Colombia y la historia del episcopado

⁷ Es claro para esta investigación que asumir que nuestra Carta Política es de corte teleológico en el sentido teórico evidenciado por Nino sería ingenuo y no es una aseveración que se pretenda sostener. Sin embargo, si se puede ver que muchos de los valores incorporados en la Carta e interpretados por la Corte Constitucional responden a razones racionalistas e historicistas, propias de las diferentes definiciones de derecho natural.

colombiano en el caso del último autor mencionado. Todos ellos dejan clara la relación entre la Iglesia Católica y la construcción del estado colombiano a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX y muestran, además, cómo es difícil entender a la sociedad colombiana sin reconocer la influencia clerical y el rol de los valores y de la moral cristiana en la construcción de instituciones como el matrimonio y la adopción, casos paradigmáticos que se usaran en la presente investigación⁸. También se utilizaron teóricos jurídicos clásicos como Kelsen, Schmitt y Nino; colombianos como López, Lemaitre, Mejía y Uprimny y por supuesto, emblemáticos en diferentes temáticas como Atienza, Kennedy y Bordieu, entre otros.

De ellos, se tomaron elementos significativos para el objetivo de la presente investigación y se intentó generar diálogo entre textos y autores mediado por la tesis mencionada y por la idea que se sostiene a lo largo de la investigación, sobre la presencia indudable del derecho natural en la construcción constitucional y estatal del antiguo país del sagrado corazón⁹.

⁸ Desde el comienzo de la investigación es fundamental tener en consideración que el reconocimiento del matrimonio igualitario con el decir de la Carta Política, a través de decisiones de la Corte Constitucional –vg. SU-214 de 2016 (CConst, 2016), que se analizará posteriormente-, al igual que con la desaprobación del proyecto que pretendía prohibir la adopción igualitaria con el decir del Congreso, han logrado ir incorporándose en la realidad normativa del estado, no hacen de nuestra Carta sea una laica, sino que evidencian los intentos del *dios ilustrado* por prevalecer, a través del discurso de derechos fundamentales y de su necesidad de garantizarlos, que son las pruebas del derecho natural en la Constitución. Así, gracias a la razón y a la historia, instituciones originariamente católicas como el matrimonio y otras encasilladas en la idea tradicional de familia heterosexual, también de origen religioso, como la de la adopción dirigida a hogares constituidos por parejas heterosexuales, logran permitirse en el marco de un estado pluri-religioso y valga la redundancia, en el escenario del *dios ilustrado*.

⁹ Con la ley 1 de 1952 se conmemoró el **cincuentenario** de la consagración oficial de la República de Colombia al Sagrado Corazón de Jesús y se declaró como fiesta nacional el 22 de junio, día de su conmemoración y de su renovación anual. Al respecto, vale la pena destacar un fragmento de la ley que resultó muy ilustrativo sobre el antiguo imperio del estado confesional: “2. Que desde ese día la nación colombiana ha recibido grandes beneficios y extraordinarias muestras de providencial protección del salvador del mundo (...)” (G. J. El Tiempo, 1994). Por su parte, en 1992, fue declarada inexecutable la norma mencionada, al respecto, señala El Periódico el Tiempo del 5 de agosto de 1994, que

La Corte Constitucional declaró ayer la inexecutable de la norma a través de la cual se consagró Colombia al Sagrado Corazón de Jesús. Una tradición católica de 92 años de existencia en el país. La corporación precisó que la consagración oficial al Sagrado Corazón va en contra de la libertad de cultos y la igualdad, fijadas en la Constitución (G. J. El Tiempo, 1994).

Lo anterior ha implicado que, para entender el constitucionalismo colombiano, es preciso comprender que se oscila entre lo confesional y lo laico, en diferentes periodos, pero que en todos ellos, se comparte una aproximación sobre el sistema jurídico que permite afirmar que existen en su conformación, determinación e interpretación, elementos propios del derecho natural, del ius-naturalismo, no necesariamente aquel que se relaciona con Santo Tomás, sino aquel que habla de elementos y criterios extra-jurídicos, particularmente desde la interpretación que de la Constitución hace nuestro Tribunal Constitucional. En síntesis, el estado del arte y el marco teórico permiten sostener que el derecho natural continúa jugando un rol que resulta esencial en la definición de los rasgos constitucionales y de la Constitución misma.

Sobre la discusión entre derecho y moral

Se entiende que el debate entre derecho, moral y religión, tiene su origen en los intentos por definir la disciplina jurídica, es decir está presente en la construcción básica que se deriva de la pretensión de entender qué es el derecho, cómo es el derecho y para qué sirve el derecho. Con lo anterior en mente, se tiene que derecho, moral y religión son sistemas normativos; los tres pretenden determinar aquello que se puede hacer y diferenciarlo de aquello que no se puede; los tres pretenden tener incidencia en el comportamiento humano, a través de recompensas y sanciones – aunque el carácter punitivo y coercitivo de los mismos sea diferente, como se mostrará más adelante y como lo muestran Kelsen y Nino en sus diversos aportes teóricos (Kelsen, 1979), (Kelsen, 1995)

Frente a dicha decisión, se destaca que se apartaron de la decisión los juristas José Gregorio Hernández Galindo -cuya Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa. Destaca El Tiempo, en la misma edición, que

En su salvamento de voto, los tres juristas indicaron que la consagración de Colombia al Sagrado Corazón no configuraba ofensa alguna al ordenamiento constitucional, pues no comportaba desconocimiento de la libertad religiosa: a nadie se obligaba a modificar sus concepciones en esa materia ni a cambiar la fe que profesa por la del catolicismo.

Consideraron, a la vez, que con dicha consagración se recogía simplemente una tradición cultural y espiritual, firmemente arraigada en el país y se proclamaba de manera concreta, sin excluir otras, una forma de invocar la protección de Dios, plasmada en el preámbulo de la Constitución(Nino, 1983).

y (Nino, 1983) -; los tres tienen incidencia en la forma en que los individuos se conciben así mismos y conciben a los otros – ello, en términos de las ideas de derecho y deber -; los tres tienen sistemas de creación de normas que responden a procedimientos y a órganos jerárquicos, independientemente a los efectos que se derivan de cada uno. Por todo esto, es fácil entender por qué se ha presentado histórica y filosóficamente un debate para comprender las posibles relaciones y diferencias entre cada una de las categorías mencionadas.

Por otra parte, el estado del arte/marco teórico toma como referentes pragmáticos y teóricos a Europa, Estados Unidos y Latinoamérica; referentes que evidencian que la discusión entre derecho y moral, se ha desarrollado, principalmente, en función de la relación entre derecho y religión católica; esto no impide asumir que, entre los retos contemporáneos de los estados constitucionales, está el de asumir la diversidad cultural y la diversidad de credos, como parte de su *deber ser* constitucional. También se puede afirmar que la discusión ha sido desarrollada por teóricos, desde el derecho, la filosofía y la ciencia política, en diferentes momentos históricos y que los posibles argumentos y contra-argumentos, ya se han establecido. Por otro lado, es preciso considerar que pensar en las normas que rigen a una sociedad, implica además pensar en los valores que la acompañan. El resultado de esto es que la discusión entre derecho y moral, permea la teoría jurídica desde sus inicios¹⁰.

¹⁰ Desde la perspectiva de Nino, si bien la polémica clásica sobre derecho y moral, gira en torno a la discusión simple entre iusnaturalismo que asume que hay una conexión entre derecho y moral y el positivismo que niega dicha conexión, para entender lo que está en juego se podría plantear desde la forma en que se podría haber presentado un fallo contra los jerarcas nazis que participaron en el genocidio cometido en el régimen de Hitler. Con el propósito de sintetizar el análisis del autor, se puede afirmar que el iusnaturalismo se encuentra entre dos tesis, una que proviene de la filosofía ética y que establece que hay “principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana” y otra que dice que, si un sistema normativo o una norma no son jurídicos, si contradicen los principios morales de justicia. Respecto al positivismo, señala Nino, que no estaría bien calificar el positivismo jurídico como escepticismo ético, es decir, para el positivismo la necesidad de neutralidad moral se presenta en la definición de las normas, pero una vez pasan este filtro, no desconocen que ellas pueden tener presentes valores o principios que responden a corrientes morales particulares. En consecuencia, no es esencial para el positivismo excluir la primera tesis del iusnaturalismo; incluso, entre autores como Kelsen y Ross. En otras palabras, resulta compatible con el positivismo la creencia en principios de carácter moral – no necesariamente religiosos - y de justicia con validez universal y que pueden ser justificados racionalmente. Pese a que los positivistas se negarían a denominarlos de derecho natural para que no se confundan con el iusnaturalismo (Nino, 1983). En muchos sentidos, parecería que la anterior es la misma pretensión cuando se habla del estado laico, como si la laicidad – que va más allá de separar el poder del estado del de la Iglesia – fuera la posibilidad de evidenciar que las morales religiosas particulares tienen

La pregunta que surgiría es por qué esta discusión se relaciona con el estado laico. La relación resulta clara si se piensa que el mismo, surge como un intento por separar los asuntos estatales de los asuntos religiosos, que no es nada diferente a intentar diferenciar el derecho de la moral – siendo la religión una de las expresiones más fuertes de los valores morales de un grupo particular y expresándose en la pugna entre poder estatal y poder religioso en la construcción y consolidación del estado moderno -, pues la segunda no puede ser sancionada de la misma forma que la primera. ¿Y cómo se ha perfilado este debate? En una de las esquinas, el debate lo lideran quienes están a favor de la existencia de una conexión entre el derecho y la moral, entre ellos estarían autores como Santo Tomas, Spinoza, Kant, Savigny y Putcha – representantes de las tres vertientes más representativas del iusnaturalismo y que difieren entre ellas, la teleológica, la racionalista y la historicista -(Nino, 1983) dando lugar a dos posibles escenarios: la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral, que entiende que si el derecho es injusto no es derecho y la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral, de forma tal que el derecho no puede ignorar los componentes morales, lo cual implica aceptar que las normas responden a valoraciones morales.

En la otra esquina del debate, estarían autores como Kelsen, Ross y H. L. Hart vinculados a la visión clásica del positivismo jurídico (Nino, 1983). Desde esta posición, lo primero que hay que señalar es que la existencia del derecho presupone que haya órganos para crear normas y un procedimiento relacionado y un monopolio estatal de la producción jurídica¹¹. Así, quienes consideran que no hay relación entre derecho y moral, asumen que el derecho es neutral y que si el derecho se construye positivamente, siguiendo el procedimiento que garantiza la validez de la norma, el derecho no tendría que ser justo, o por no serlo, no dejaría de ser derecho; recalando que estos autores no se conciben así

un valor de irracionalidad que les resta la posibilidad de justificar normas y elementos jurídicos; como si la laicidad sirviera para evidenciar que el mundo de lo moral – que muchas veces se asocia erróneamente a lo religioso y a veces, se desdibuja con lo religioso – es inferior; como si la laicidad le quitara lo moral a los derechos humanos y así el discurso se cubriera de universalidad y de superioridad por ser laico; como si lo laico no fuera moral o cubriera lo moral en general y lo religioso en particular de una permeabilidad supuestamente neutral. Todas estas se consideran trampas que, desde la laicidad, evaden la realidad iusnaturalista del derecho positivo en general, y del derecho constitucional en particular.

¹¹ Es importante aclarar que tanto el positivismo como el iusnaturalismo se consideran monistas, pues asumen que hay órganos estatales (y/o religiosos) que controlan la producción de normas jurídicas.

mismos como escépticos morales pero tampoco estarían dispuestos a hablar desde el derecho natural.

Hay otras lecturas frente al debate que se desarrollaran a lo largo de la investigación y que implican entender cómo se presenta la relación Iglesia-Estado, desde diferentes modelos de estatalidad; perspectiva que una vez más muestra cómo la dualidad derecho-moral, deriva en la dualidad derecho-religión y se concreta en la separación entre estado laico y estado confesional. Colombia parece debatirse entre construcciones constitucionales e interpretaciones de la Carta Política propias de la laicidad que pretenden darle prioridad al individuo frente a sus creencias; y construcciones constitucionales e interpretativas jurisprudenciales que parecen retornar a una concepción del derecho imbuida, a veces, en la moral, otras en el derecho natural – pasando del teleológico, al racionalista y de este al historicista (que en el presente texto se denominará derecho natural racional-histórico), que aún no se han definido – y otras desde la moral católica, que se asume como la predominante.

De esta forma, es posible reafirmar que cuando en el presente trabajo se habla de derecho y moral, si bien se está apelando a valores que no se limitan a la religión y que hablan de la diversidad cultural, se está hablando sobre todo de posturas religiosas, que incluso los teóricos más vanguardistas relacionan como si fueran una unidad temática – moral y religión. Por supuesto esto es posible en la medida en que las aproximaciones a los valores y principios que rigen a los individuos, dependen en gran medida de la relación con dios y nuevamente, la forma política en la que dicha separación se ha manifestado es a través de la construcción del estado laico.

Por otra parte, resulta claro que teóricamente el debate se complejiza, cuando entra a jugar el hecho de enfrentar la multiculturalidad de las sociedades, siendo imposible negar la diversidad. Con este elemento en el juego, la relación entre derecho y moral, y mucho más si la misma se enmarca desde el rol de la Iglesia Católica, tiene que enfrentar un nuevo reto: la competencia entre religiones, lo cual ha desatado en el mundo diversas visiones fundamentalistas que reviven la lucha de poder entre las creencias espirituales y

las normas jurídicas; y estas últimas, provienen del mundo de lo humano y de la razón, conforme lo ha planteado el positivismo jurídico, que pese a propuestas teóricas que lo retan, continúa estando en el eje de la forma en que se entiende el derecho y en que éste reta a la moral para diferenciarse de ella. Por su parte, las categorías conceptuales que se quiere desarrollar y reconstruir en la presente investigación serán: *moral religiosa, laicidad y pluri-religiosidad*.

Constitución de 1886 y Constitución de 1991: ¿dos cartas creyentes?

En el estado del arte/marco teórico se describe cómo ha sido la Constitución de 1886 que se asume como una *norma de normas* creyente, de carácter eminentemente católico. También se describirá la Carta de 1991 y se intentará ver qué queda en ella de la Constitución del 86 y en qué se diferencia de la anterior. Todo esto para analizar si es posible asumir que las dos cartas son creyentes o si realmente la apuesta por la laicidad se hizo tangible en la Constitución de 1991. En dichas caracterizaciones se revisarán los preámbulos que se entienden como una descripción del *deber ser constitucional y estatal*, también se hablará de derechos como la libertad de credos y se describirán instituciones como el matrimonio.

En este análisis se pretende cuestionar la existencia de un proyecto laico que se deriva directamente de la Carta Política¹² que rige hoy a nuestro país. También se evidenciará, a partir del análisis del preámbulo¹³ y de ciertas normas fundamentales, como la libertad de credos, que es posible entender que la visión confesional, si bien no ligada exclusivamente a la religión católica, continúa estando presente en la *norma de normas*. Por su parte, se estudiarán dos casos emblemáticos desde su desarrollo normativo y

¹² El análisis que se hará de la Constitución Política, incluye no solo las normas sino el desarrollo e interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional. Esto inspirado en el concepto de bloque de constitucionalidad que se desarrollará más adelante, a partir de lo que al respecto expone Rodrigo Uprimny.

¹³ En la discusión que se ha tenido con Betsy Perafán, directora de la tesis de doctorado, se ha cuestionado el carácter jerárquico del preámbulo. Sin dejar de lado la importancia de dicho cuestionamiento, se decidió asumir que el preámbulo de las constituciones constituye un elemento normativo de derecho natural positivizado que evidencia sobre todo el deber ser de la Carta Política y el deber ser del estado en donde dicha Carta Política regirá y en esta medida, constituye una pieza fundamental para entender apuestas morales como la confesionalidad o la laicidad.

jurisprudencial: matrimonio homosexual y la adopción por familias no heterosexuales y su constante oscilación entre la aceptación y el rechazo apelando a la laicidad o a su ausencia y prevalencia de opciones confesionales que les son contrarias.

Así pues, se considera que uno de los mejores ejemplos, por su claridad en el debate público, lo constituye el matrimonio, que era y continúa siendo concebido como una institución religiosa, que con el tiempo tuvo efectos civiles y que no solo no es menor sino que, como lo dice el problemático artículo 42 de nuestra Carta Política “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y se forma por vínculos naturales o civiles o por decisión autónoma de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Este artículo, como ningún otro, muestra la dualidad o la dicotomía en que Colombia se encuentra en términos de confesionalidad o laicidad. El artículo plantea una forma de familia, la heterosexual, pero deja la puerta abierta para otras construcciones, por lo menos de índole mono-parental y también deja la puerta abierta, aunque sutilmente, para entender que el vínculo familiar se puede crear de diferentes formas y con diferentes sujetos, abriendo por lo menos la puerta para la lucha por la igualdad de derechos entre parejas heterosexuales y homosexuales.

La Corte Constitucional y el paradigma de la adjudicación constitucional desde el derecho natural

Este aparte pretende evidenciar qué para entender el alcance de la Carta en términos sustanciales, hay decisiones que, desde nuestro Tribunal Constitucional, requieren elementos que no solo provienen de una mirada iuspositivista, sino del derecho natural. Éste está presente y enmarca elementos básicos como la definición material de los derechos fundamentales, de los principios constitucionales y de los valores que inspiran y dan fundamento al sistema jurídico y todos ellos, impiden asumir la Carta como un proyecto ajeno a miradas morales particulares.

Los vestigios del derecho natural en la Constitución colombiana: desde el estado del arte hasta el marco teórico

La idea que se sostendrá en el estado del arte, entendido como los antecedentes, y posteriormente se verificará en el marco teórico es que es posible rastrear elementos propios del iusnaturalismo en el derecho constitucional colombiano, así como en los antecedentes que le dan forma desde la teoría jurídica y la argumentación. En otras palabras, ha sido posible encontrar justificaciones de orden moral y de derecho natural en la teoría constitucional y de la argumentación jurídica estudiadas.

También, fue posible establecer que es posible pensar en un estado que como el nuestro, se fundamenta en elementos propios del liberalismo – además de aquellos propios del Estado Social de Derecho -, con un fuerte desarrollo teórico en el tema de derechos fundamentales, y que, a su vez, se sostiene y continúa desarrollándose, a partir de elementos propios del derecho natural. Es decir, el derecho natural en el caso colombiano ha actuado como un elemento de validez jurídica y de justificación política, sin desconocer, por supuesto, que no toda justificación es de orden iusnatural.

Por otro lado, desde el presente texto es posible sostener que la gran brecha entre la teoría y la aplicación del derecho y de la justicia, de la que Colombia constituye un buen ejemplo, puede llevar a evidenciar contradicciones que hacen parte nuestra identidad jurídica en donde elementos del antiguo estado confesional siguen presentes, a veces prevalecen, y otras veces conviven con elementos de corte laico que invitan a la separación entre la Iglesia Católica y el Estado, que teóricamente están separados pero que en la práctica parecen continuar juntos en algunos momentos.

En igual sentido, esta contradicción constante, este paso de la confesionalidad a la laicidad y de la laicidad a la confesionalidad, hace pensar en que los desarrollos constitucionales que en este sentido se han derivado de la Constitución Política de 1991 le han dado una identidad propia al estado colombiano y a su cultura jurídica. Esta

identidad permite hablar de un dios no necesariamente ligado a la Constitución, es decir, a un dios acá denominado *ilustrado* y, hacer un llamado a su protección en medio de un ambiente de derechos liberales. Así, Colombia constituye un ejemplo de la vivencia del derecho a partir de un *dios ilustrado*, un dios que a veces se dibuja desde el catolicismo y otras veces desde parámetros que, en el mundo del derecho, del constitucionalismo, de los tribunales constitucionales y de las decisiones jurídicas apela a principios y valores cuya justificación proviene del derecho natural, del iusnaturalismo racionalista o historicista, si se quiere, y por oposición al teleológico, si se quiere. En todo caso, a partir de este momento, se hablará de iusnaturalismo racional-histórico, pues se entenderá que el *dios ilustrado* es una construcción que proviene del pensamiento racional propio de la Ilustración y que los valores que lo inspiran, también originados en el proceso de ilustración, son resultado del desarrollo histórico. Por esto, se eligió la categoría conceptual mencionada.

Con respecto a la historia constitucional latinoamericana y en particular a la de nuestro país, se encuentran elementos que evidencian cómo la recepción y producción normativa responden a nuestra realidad cultural que, a su vez, está anclada al derecho natural en donde es posible invocar, al mismo tiempo, a dios y a los valores de la ilustración, permitiéndonos hablar de un *dios ilustrado*, que permite pensar en principios extra-normativos que guardan una profunda relación con ideas de justicia y de dignidad humana, que giran en torno al individuo y a su autonomía y a los sueños e ilusiones de un deber ser que lo protegen. Por otra parte, es indudable la herencia positivista, pero es nuestra versión del positivismo. En consecuencia, resulta posible afirmar que Colombia y la definición de estado desde su formación histórica y constitucional, está enmarcada en el derecho natural de corte racional-histórico.

También resulta posible señalar que la constitución como norma de normas, requiere, de dos justificaciones una jurídica y otra política. Así, se entiende que el poder constituyente que es de carácter político y se normativiza, se origina en elementos supra-legales porque de lo contrario no se podría justificar su fundamentación. Los derechos fundamentales requieren de una justificación a-priori que les de valor como elementos

inherentes e inalienables al individuo. Por otro lado, el carácter sagrado que desde el derecho se le da a la Carta Política evidencia, también, la necesidad que se tiene de llevar las normas a una jerarquía superior que permita darles legitimidad y poder.

Finalmente resulta posible afirmar que el derecho natural, la moral, los valores y los principios están presentes y son esenciales en la argumentación jurídica y en la interpretación judicial. No obstante, pensar en estos criterios como fuente de derecho formal no es posible en el escenario del derecho contemporáneo. Pero el hecho de que no sea fuente formal de derecho, no niega su presencia. Por otro lado, resulta importante reconocer que la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral y en esta medida, intentar separar el derecho de la moral resulta un esfuerzo que desconoce la realidad.

Hipótesis

Después de más de un siglo de imperio del estado confesional con carácter constitucional (Carta Política de 1886) y pese a la aspiración de hacer de la Constitución de 1991 un proyecto moderno y del estado constitucional colombiano un estado en el que la separación clara y consistente entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano, reflejara una apuesta constitucional laica, Colombia aún se encuentra lejos de la realización de dichas pretensiones y quizás esta no sea su intención ni su aspiración real. En efecto, en la presente investigación se afirma que la Constitución colombiana es pluri-religiosa, creyente, de corte iusnaturalista racional e histórico, que apela a la protección del *dios ilustrado* que es el que le da legitimidad y el que permite avanzar en el discurso de derechos fundamentales y en la incorporación de principios y valores coherentes con dicho discurso.

En consecuencia, el país se debate entre la aceptación de la diversidad religiosa y

moral, a veces con pretensiones de laicidad¹⁴ y la continuidad del estatus-quo - en el que prima la religión católica, cuyos valores parecen ser compatibles con muchos de los establecidos por la Carta Política, siendo por ello reconciliables y en apariencia recíprocamente necesarios. En este sentido, se afirma que no hay forma de separar el derecho de las creencias morales y religiosas y así, la laicidad se expresa como una impostura jurídico-política que actúa como un velo de objetividad que in-visibiliza los elementos morales que se presentan en el mundo del derecho. Los puntos planteados se quieren ilustrar, a partir del análisis del tratamiento jurisprudencial que se ha dado a dos casos paradigmáticos como lo son el matrimonio igualitario y la adopción por parte de sujetos que no configuran la familia hetero-tradicional, conformada por un hombre y una mujer.

Propuesta metodológica y método

El presente acápite se dividirá en dos. Primero, se mencionará el método a través del cual se desarrolló la tesis, entendiendo por método la mirada teórica de análisis que se confiere al estudio de las fuentes estudiadas. Así, se ha escogido una mirada que pretende ser deconstructivista, aunque sin la pretensión de realizar una genealogía de la historia constitucional, pero si intentando partir del imaginario social, de un *acontecimiento*, que en

¹⁴ Los esfuerzos por hacer prevalecer la laicidad, con aportes interpretativos de la Corte Constitucional como cuando intenta permitir el aborto en tres caso; e incluso del Congreso, como cuando archivó el proyecto de referendo que pretendía prohibir la adopción a familias no hetero-parentales, se ve fuertemente contrastada con ejemplos cotidianos en donde desde el Presidente de la República hasta las diferentes instancias sociales, incluyendo a los medios de comunicación, evidencian el poder que se le da a la religión y a dios como todo lo ocurrido durante la visita del Papa Francisco a Colombia el pasado septiembre de 2017. Es importante destacar que en discusiones como la que se derivó del referendo mencionado, primó el derecho fundamental a la igualdad y su concreción en la no discriminación y que en los discursos del Papa Francisco en su visita a Colombia se evidenció un espíritu incluyente y no discriminatorio muy fuerte, lo que sirve para ilustrar porqué visiones como la católica, por lo menos la que se expresa discursivamente, permite pensar en los puntos comunes que llevan a asumir que cuando se habla desde la moral católica se habla también desde el discurso de los derechos fundamentales. Pese a ello, en temas como el matrimonio igualitario y la adopción por parte de parejas homosexuales, nuestros desarrollos constitucionales y normativos son tímidos y la apuesta por la laicidad no es real, pues por el momento, se pretende afianzar la identidad personal y grupal de los ciudadanos, a partir de la expresión libre y digna de sus creencias y proyectos de vida. Así, la laicidad termina siendo una ficción que está en el imaginario, una apuesta, además, no tan libertaria ni progresista como se cree. En Colombia y en su Constitución sólo se ha llegado a asumir seriamente la pluri-religiosidad y esta apuesta permite expresarnos como una sociedad creyente en algo más que en el dios católico como ocurría con la Carta de 1886.

este caso será el imaginario que sobre la *norma de normas* nos permite situarla en el iusnaturalismo y el evento particular en el caso concreto sería la Constitución de 1991.

Por esto, se utilizan fuentes diversas que no se limitan a aquellas propias del derecho constitucional, sino que provienen de áreas afines como la historia y la política para mostrar el contexto iusnaturalista que no le permite a la constituyente de 1991 desprenderse de esta herencia. En otras palabras, que permite pensar si más allá de la reconstrucción sobre el constitucionalismo colombiano, hay algo en la sociedad que permite intuir que hay algo que hace que el iusnaturalismo habite en nuestras vidas.

Siguiendo lo que al respecto establece Oscar Mejía estaríamos partiendo de entender que

[e]l problema del método en las ciencias sociales y el derecho, ha oscilado entre el positivismo y la hermenéutica. En el marco de esta discusión, la inferencia de un método genético–estructuralista para el abordaje de los fenómenos sociales y la complementación entre la hermenéutica de la tradición y la hermenéutica del símbolo, posibilitaron el surgimiento de una hermenéutica crítica como método de interpretación de las ciencias sociales y el derecho (Mejía Q, 2006, p. 15).

En segundo lugar, se presenta la propuesta metodológica, que no es otra que un análisis de fuentes documentales que se quiere poner en diálogo y que se aplicó a lo largo de la investigación, tomando elementos de diversas aproximaciones teóricas.

El método

Como se señaló previamente, se intenta diferenciar la metodología de trabajo del método de investigación que, en efecto, constituyó el insumo esencial de la presente tesis doctoral. Así, desde el método deconstructivista, se asumió como *acontecimiento*, la

Constitución de 1991, que en efecto se considera el gran evento de los últimos 27 años para la disciplina jurídica y que, conforme a la hipótesis planteada para el desarrollo del presente trabajo, no logró superar al iusnaturalismo ni debería hacerlo y se afirmó en el acá denominado *dios ilustrado*.

Posteriormente y de manera particular en el marco teórico, se presenta una versión híbrida entre ese acontecimiento (deconstructivismo) y la reconstrucción normativa, constitucional, histórica y hermenéutica, con información documental, jurídica, normativa y constitucional. Finalmente, se presentará la validación del marco teórico, también desde una visión hermenéutica.

Por otro lado, se acoge lo que Cruz Parceró en su texto de 2006, *Los métodos para los juristas* señala sobre los problemas metodológicos que se presentan al investigar desde el derecho y en esta medida, se comparte con el autor el planteamiento en el que establece que las actividades que se derivan de la disciplina hacen parte de las metodologías y métodos de investigación que se aplican en otras áreas del conocimiento.

Así, además de lo señalado sobre el método, en la presente investigación se aplican varios de aquellos enunciados por Cruz Parceró, siendo estos: el método empírico, con el propósito de identificar fuentes sociales, una de las cuales, y pese a lo planteado por otras disciplinas que asumen que la norma no es una fuente primaria de información, es la ley. Otra de estas fuentes sociales, serían las decisiones que se derivan de la aplicación de las normas, es decir, los precedentes jurisprudenciales. En igual sentido, se llevará a cabo descripción de normas y se intentará sistematizar información jurídica. También, se realizarán definiciones y se quiere, construir y utilizar conceptos.

Así mismo, en la presente investigación es fundamental la elaboración y utilización de distinciones, clasificaciones y teorías; la inferencia de principios y fines subyacentes en el derecho; la interpretación y argumentación jurídica y el análisis y prueba de los hechos objeto de estudio (Cruz Parceró, 2006).

Por su parte, esta investigación puede ser parte de la reflexión que sobre metodológica y método elabora Mejía Quintana, cuando establece que el problema del método en las ciencias sociales y en el derecho, ha oscilado entre el positivismo y la hermenéutica, enfrentando

(...) una tensión casi irreconciliable: el primero defendiendo un monismo metodológico y un esquema causal de explicación que encumbraba el principio de verificación como el canon de todas las ciencias y la segunda, reclamando la especificidad del objeto de estudio histórico y social y la necesidad de un método hermenéutico para la interpretación de los mismos con miras a su comprensión integral (Mejía Quintana, 2014, p. 16 y 17).

En consecuencia, se acoge la diferencia que Mejía establece para entender cuándo estamos hablando del método y cuándo de la metodología, dado que en la investigación doctoral fue preciso preguntarse por los dos, sin dejar de lado ninguna de las dos aproximaciones, a seguir:

Con el primero quiero referirme a la aproximación epistémica más general a un objeto de estudio determinado: el lente con el cual nos acercamos a abordarlo y que nos permite explicarlo, comprenderlo o criticarlo, de acuerdo a la triádica división habermasiana (Habermas, 1984). Por la segunda me refiero a las estrategias de investigación, cuantitativas o cualitativas (Bonilla y Rodríguez, 1997), que agotan técnicas, medios y etapas investigativas en orden a dilucidar, sistemática y académicamente, la expresión epistemológica del objeto de estudio escogido (Mejía Quintana, 2014, p.17).

En síntesis, el método híbrido aplicado que interactúa entre lo deconstructivista y lo hermenéutico, permitió plantear como *acontecimiento* o evento, la Constitución del 91 – nueva carta creyente que se deriva de la de 1886, aunque se quiera diferenciar de ella - que se debate entre la herencia del estado confesional y la apuesta laica y que termina generando una posibilidad propia y diferente de enfrentarse a las creencias desde la pluri-religiosidad. Todo esto en el marco de indagar sobre los vestigios del derecho natural que permiten, en el derecho constitucional, hablar del *dios ilustrado*, como espíritu racionalista

e historicista que permea las normas y las decisiones jurisprudenciales, como parte de esta.

Aplicación del método: estrategias metodológicas

Ahora bien, pasando entonces a las estrategias de investigación, técnicas, medios y etapas investigativas para entender el objeto de estudio escogido, en la presente investigación se llevó a cabo un análisis que comprende los siguientes elementos:

- a. Una reconstrucción teórica desde la filosofía jurídica y constitucional (incluyendo un análisis jurisprudencial) sobre la relación que se deriva del derecho y de la moral religiosa desde la *norma de normas* y que para el caso colombiano, se intentará sostener, permite entender la Constitución de 1991 como una carta creyente con fuertes raíces en el derecho natural y anclada en la protección del *dios ilustrado*.

- b. Una construcción analítica que nos permita entender la Constitución colombiana, en términos de la aplicación de la libertad y particularmente de la libertad religiosa, revisando para ello, los casos del matrimonio igualitario y de la adopción por parte de hombres o mujeres solos o de parejas no heterosexuales; entendidos como ejemplos paradigmáticos, para determinar si del análisis constitucional y de la interpretación que se ha dado a los mismos es posible entender la carta política de 1991 como carta laica, como carta confesional o como carta pluri-religiosa.

- c. Un análisis de los valores que se derivan de la forma en que la Corte Constitucional, como voz viva de la Constitución colombiana asume las fuentes jurídicas y evidencia su relación con el derecho natural, en donde los valores laicos se entrelazan con los confesionales, dando lugar a una nueva mirada de las creencias desde la constitución, pues sería una apuesta dirigida a que el *dios ilustrado*, dios del derecho natural desde la razón y desde la historia (*iusnaturalismo*

racional-histórico), garantice que el camino constitucional está encaminado a garantizar el discurso de los derechos fundamentales que hoy en día se encuentran en la Carta de 1991.

En otras palabras, el trabajo de investigación consistirá principalmente en la recolección, análisis e interpretación de información documental y de análisis cualitativo¹⁵, con el propósito de establecer cómo se ha construido teóricamente el debate constitucional sobre Colombia como estado confesional, o si por el contrario se está transformando en un estado laico o en uno pluri-religioso. En síntesis, con la estrategia metodológica y el método escogido que en su totalidad tiene un enfoque cualitativo¹⁶, se quiere problematizar la relación entre derecho natural y apuesta laica en el contexto colombiano desde la teoría.

Por su parte, en la escogencia de los casos que se revisaron, que no tenían la pretensión de ser representativos sino significativos, se utilizó el texto de Bent Flyvbjerg (Flyvberg, 2006), quien establece que existen 5 malentendidos sobre el estudio de casos y su correspondiente elección. Se tuvo entonces en consideración que, el aporte en términos del conocimiento práctico, fuera tan importante como el teórico; sin asumir el paradigma de superioridad de la teoría frente a la realidad (primer malentendido).

Frente a la idea de que sólo estudios con muestras representativas son adecuados para el desarrollo científico y que de un solo caso no se puede generalizar, se asume que no es cuestión de cantidad, sino de la posibilidad real de indagación y de la profundidad y análisis que se logre frente al o los casos tratados (malentendido 2). En este sentido, se comparte lo señalado por Flyvbjerg, al establecer que es incorrecto pensar que la única forma de crear conocimiento es intentar lograr abstracciones generalizables y también es

¹⁵ En el manejo del análisis cualitativo y para propósitos analíticos la investigación se desarrollará en cuatro componentes, siguiendo lo que al respecto exponen King, Kehone y Verba: pregunta de investigación, teoría, datos y el uso de los datos (King, Gary, Keohane, Robert O., 1996).

¹⁶ Cuando se habla de investigación cualitativa en la presente investigación, se comparte lo que al respecto plantean King, Kehone y Verba, quienes entienden que la diferencia entre el método cuantitativo y el cualitativo, consiste en que este último cubre un amplio rango de aproximaciones, que por definición, no implican validación a través de medidas numéricas (King, Gary, Keohane, Robert O., 1996).

incorrecto asumir que no es posible generalizar a partir de un solo caso. Al respecto, menciona el autor que: “It depends on the case one is speaking of and how it is chosen. This applies to the natural sciences as well as to the study of human affairs” (Flyvberg, 2006, p. 225). Por su parte, los casos recrean el análisis teórico y a eso se limita su estudio¹⁷.

En igual sentido, se considera que el estudio de caso es útil para testear hipótesis y para la construcción teórica y no como se considera en general, que sólo sirve para en el proceso de construcción de hipótesis (malentendido 3). Adicionalmente, se considera que la posibilidad de asumir y explicitar los sesgos - *bias toward verification* - desde los casos de estudio no necesariamente constituye una limitación, sino un valioso elemento para la investigación jurídica en donde la interpretación es un área de la disciplina y no una forma de deslegitimar la validez de una investigación. En otras palabras, los casos de estudio no necesariamente se traducen en una forma en que el investigador ratifique sus nociones preconcebidas (malentendido 4), sino que las puede poner a prueba y transformar, y éste es precisamente el reto.

Respecto al malentendido 5 quizás se incurrirá en el mismo pues parte de la investigación tiene como propósito construir conceptos, así que eventualmente la información se podría utilizar con dicha pretensión, que se considera negativa desde el análisis de Flyvberg, por lo menos como criterio para la escogencia de casos.

De otra parte, se tuvo en cuenta que los casos pudieran entenderse como *casos críticos*, es decir, aquellos que tienen una importancia estratégica en relación con el problema general (Flyvberg, 2006). El matrimonio igualitario y la adopción por parte de familias diferentes a la heterosexual, se consideran críticos en la medida en que hablan de

¹⁷ Los casos que se revisan sirven para acotar las categorías conceptuales utilizadas y para ilustrar los planteamientos teóricos, pero la investigación en ningún momento pretende ser un estudio de casos. Por otro lado, los casos son relevantes precisamente porque ellos representan el debate entre la apuesta laica y la apuesta confesional en términos constitucionales y sociales.

valores que han sido institucionalizados por el derecho y traen a la luz el problema abordado en la investigación: ¿somos laicos, somos confesionales o somos algo más (pluri-religiosos).

Adicionalmente, pretenden normativizar situaciones que se relacionan con la libertad personal. Frente a una posible diferencia con el autor respecto a que estos tres casos, además son típicos, habría que decir, que lo son, pero no por ello, pierden su importancia estratégica. Así, vale la pena tener en consideración que los casos críticos, brindarían mayor información y para su definición, conforme al autor:

The only general advice that can be given is that when looking for critical cases, it is a good idea to look for either “most likely” or “least likely” cases, that is, cases likely to either clearly confirm or irrefutably falsify propositions and hypotheses (Flyvberg, 2006, p. 231)

Otro criterio establecido por el autor consiste en buscar *casos paradigmáticos*. Con este criterio que busca desarrollar una metáfora o establecer una escuela para el tema que concierne al caso. Al respecto, los tres casos escogidos son objeto de debate constante entre quienes consideran que la posición moral religiosa debería primar en la aproximación a los mismos o entre quienes consideran que la posición del estado laico debería prevalecer porque se defienden valores propios del estado liberal de derecho, si bien el mismo sea de corte ius-naturalista.¹⁸ En este sentido es importante destacar, lo que al respecto señala Flyvbjerg cuando establece que los casos paradigmáticos no se fundamentan en reglas ni teorías, sino que son prototipos prácticos de un trabajo científico bueno: “A paradigmatic case of how scientists do science is precisely such a prototype. It operates as a reference point and may function as a focus for the founding of schools of thought” (Flyvberg, 2006, p. 232).

¹⁸ Para Flyvbjerg autores como Geertz y Foucault han utilizado paradigmas culturales para organizar sus investigaciones y estos paradigmas culturales: estado confesional vs estado laico, estarían presentes como forma de justificación de los tres casos.

Respecto a la estrategia metodológica y al enfoque teórico escogidos son aquellos expuestos por Bordieu y Teubner en *La Fuerza del Derecho* y por Mejía en su análisis sobre el texto *Facticidad y Validez* de Habermas y que se entienden como un esfuerzo por llevar a cabo *una práctica teórica de interpretación de textos jurídicos*, siendo entonces coherentes con lo propuesto por Flyvbjerg.

En este sentido, se asume que además del aporte teórico de la investigación, ésta podría servir para entender cómo la teoría se refleja en la realidad constitucional colombiana y ratificar que en ciencias sociales no puede existir teoría predictiva (Flyvbjerg, 2006) como es la pretensión de las ciencias exactas, e incluso de disciplinas como la economía, al utilizar métodos cuantitativos de análisis.

En relación con el alcance de la investigación que se desarrolló, se aclara que la misma pretende constituirse como un aporte teórico a la filosofía jurídica y constitucional, del que se derive una propuesta para entender la relación entre derecho y moral religiosa en el caso colombiano y así establecer si Colombia está encaminada a continuar en la confesionalidad, o comienza a dirigirse a la laicidad o a la pluri-religiosidad.

Por lo anterior, se entiende que el caso colombiano, se debate entre tres perspectivas. Desde la primera perspectiva, se asume que la libertad de cultos, de expresión y el libre desarrollo de la personalidad como pilares fundamentales de la laicidad que se encuentran en la Carta Política, son la base para afirmar que Colombia se transforma en un estado laico. Desde la segunda perspectiva, se parte de entender que la sociedad colombiana aún se mueve y decide, desde estándares religiosos (iusnaturalismo teleológico) y desde el derecho natural de corte racionalista e historicista; y que estos parámetros continúan determinando que es lo correcto y lo incorrecto, situaciones que se reflejan en la jurisprudencia entendida como voz de la Constitución.

Desde la tercera perspectiva, que parte de la constitucionalización del reconocimiento a la diversidad de creencias, se asume que la práctica evidencia que Colombia se encamina hacia un estado pluri-religioso que acepta y reconoce la diversidad pero que no es neutral frente a la figura de dios, invoca su protección y se mueve a partir de parámetros morales, entre los que se encuentran algunos de índole religiosa. Desde esta perspectiva se asume que continúan primando valores religiosos católicos que permean la forma de definir el estado. También se quiere que el texto constituya un aporte útil para otros lectores latinoamericanos, cuyos sistemas legales enfrentan una situación similar a la que ocurre en el caso colombiano, es decir, una pretensión de laicidad en medio de un arraigo moral religioso fuerte.

Objetivos

Objetivo General

Reconstruir teóricamente el proceso de construcción de la laicidad en la Constitución de 1991 y a partir de la Carta de 1886, para establecer: 1. Si la Constitución colombiana¹⁹ continúa siendo confesional, se transformó en una Carta laica o en una de carácter pluri-religioso (el paso de la Constitución de 1886 a la de 1991) y 2. Si la Carta Política de 1991 es una constitución creyente enraizada en el derecho natural y que da nacimiento al *dios ilustrado*.

Objetivos Específicos

¹⁹ A lo largo del desarrollo de la presente investigación se tuvo la posibilidad de discutir sobre el alcance del trabajo y en esta medida sobre el alcance de los objetivos, uno de los ejes del debate radica en establecer si se está hablando sobre la Constitución o si se podría afirmar que el análisis alcanza a permea el sistema jurídico, dado que la Carta Política lo permea en su totalidad. Se decidió dejarlo en términos de la Constitución y no del sistema jurídico, pero se deja la posibilidad al lector de realizar la valoración sobre este último, pues el análisis trabaja no solo con la Carta sino con decisiones que determinan su alcance y normas que deberían mostrar su coherencia con ella.

- 1.1. Reconstruir teóricamente el estado del arte para conocer los vestigios del derecho natural en el proceso constitucional colombiano y ver cómo se relacionan y se diferencian de la moral religiosa y así entender cómo se ha presentado el paso desde la confesionalidad hasta la laicidad en la Carta Política de nuestro país.
- 1.2. Construir el marco teórico para entender cómo se ha desarrollado el proceso aspiracional de tener una constitución laica desde el contraste entre la Constitución de 1886 y la de 1991 y así establecer si Colombia continúa teniendo una Carta confesional, o se ha transformado de tal forma que ahora cuenta con una laica o con una pluri-religiosa.
- 1.3. Validar si la Constitución colombiana es confesional, laica o pluri-religiosa y qué implica esta situación frente al *acontecimiento* que se asume como eje central de la presente investigación, es decir entender la Constitución de 1991, su espíritu modernizante y su ratificación del paradigma iusnaturalista, dando lugar a lo que en la presente investigación se ha denominado como *constitución creyente*, que es la Carta Política del *dios ilustrado*.

Para cubrir los objetivos se utilizan el caso del matrimonio igualitario y la adopción mono y homo parental para ilustrar las dificultades de pensar en el proyecto laico como una apuesta tan clara en la Constitución colombiana.

Itinerario

A continuación, se ilustra el itinerario que se seguirá en la presente investigación para el desarrollo de la pregunta y de la hipótesis planteada. En los capítulos 1, 2, 3 y 4 se presentará una propuesta de marco teórico que interactúa constantemente con el estado del arte, pues pretende evidenciar un diálogo entre la autora y los textos estudiados, y que se centrará en entender cómo se ha presentado históricamente en Colombia, la tensión entre derecho natural y derecho positivo y entre el estado confesional y el estado laico. La hipótesis particular para el desarrollo del estado del arte consistió en asumir que los diferentes elementos de la construcción constitucional en Colombia responden no sólo a

normas positivas sino a valores extra-normativos. Ello, para entender la construcción del estado constitucional colombiano desde la confesionalidad y hasta la laicidad. Para esto se tratará brevemente la discusión entre moral y derecho en función del desarrollo de la laicidad y de la separación de los asuntos del Estado y de la Iglesia.

Por su parte en el capítulo 5, se plantea la pregunta de si Colombia tiene una *constitución creyente* lo cual determina su forma de proceder jurídicamente; este capítulo es la continuación y concreción del marco teórico, a partir de los casos de análisis (matrimonio y adopción igualitaria) y en él, se describirán tanto la Constitución del 86 como la de 1991 para entender sus similitudes y diferencias en términos del rol que se le da a dios y al reconocimiento de la religión y de la diversidad religiosa. En este capítulo se intenta ilustrar cómo se han presentado los elementos iusnaturalistas y religiosos en dos instituciones jurídicas o en los casos que se estudian para ilustrar la laicidad o su ausencia, siendo estas: el matrimonio y la adopción.

También se indaga cómo se presentan elementos iusnaturalistas y religiosos – sin perder de vista la diferencia entre los dos elementos, pero sin perder de vista, sus posibles puntos de encuentro - en sentencias de la Corte Constitucional que se consideran relevantes e ilustrativas sobre la manera en que el tribunal constitucional ha entendido y le ha dado alcance a los principios, valores y a otros criterios extra-normativos para interpretar la Carta Política. Se asume, además, que la interpretación de la Constitución es parte de ella y no es posible entenderla sin dicho proceso hermenéutico.

Como se mencionó, en este capítulo, adicionalmente, se desarrollará el estudio de los casos paradigmáticos escogidos y se estudiará su tratamiento jurisprudencial, que será complementado por fuentes de prensa que permitan entender cómo desde la opinión pública y desde los medios, se asumen los retos que se derivan de las creencias religiosas, de la laicidad y de una posible continuación de la confesionalidad como elementos fundamentales para el desarrollo constitucional y su consolidación de Colombia estado democrático.

En el capítulo 6, se realiza un análisis de las categorías deductivas e inductivas desarrolladas, particularmente de las que constituyen el eje de la tesis doctoral: *dios*

ilustrado, constitución creyente y constitución pluri-religiosa. Finalmente, se presentarán las conclusiones del trabajo doctoral.

Capítulo 1. Análisis del debate en torno a las categorías conceptuales básicas sobre laicidad, confesionalidad y pluri-religiosidad

El estado del arte que se construyó, siguió los desarrollos de pensamiento construidos en occidente (entendiendo por ello: Europa, Estados Unidos y Latinoamérica) y en este sentido, el reconocimiento del sesgo euro-centrista es importante porque evidencia cómo la discusión entre derecho y moral, se ha desarrollado, principalmente, en función de la relación entre derecho y religión católica²⁰; incluso y pese a los desarrollos constitucionales que pretenden separar la iglesia del estado, se puede afirmar que aún hoy en día continúa siendo una de las corrientes de pensamiento moral más importantes.

Este sesgo inicial no es ingenuo frente al rol constitucional que hoy en día tiene el reconocimiento de la diversidad cultural ni frente al reconocimiento de la diversidad de credos, pero el punto de partida será que el debate entre derecho y moral se ha concretado en la relación entre derecho y religión y que dicho debate, parte de la pregunta acerca de si debería existir o no una relación entre las dos disciplinas y este cuestionamiento es una discusión que si no se considera concluida, por lo menos, da lugar a que los argumentos para apoyar la existencia de dicha relación o para negarla ya están sobre la mesa. Ahora bien, las preguntas se dirigen entonces en otra dirección. En el presente texto, se dirigen a entender el alcance que el derecho, la moral y la religión tienen en la construcción constitucional y cobra vigencia cuando se habla de derechos humanos y fundamentales y cuando se intenta entender en qué propuesta estatal, constitucional y societaria estamos ubicados.

²⁰ Un ejemplo de lo anterior, lo presenta Paulina Barrera Rosales, en su texto, *Laicidad y Minorías Religiosas*, en donde habla de mayorías occidentales y las enmarca en dos conceptos: laicismo y cristianismo (Nino, 1983).

Así y con el propósito de contextualizar históricamente el debate entre derecho, moral y religión, se puede afirmar que el mismo comienza a gestarse de forma simultánea a los intentos por definir la disciplina jurídica, es decir está presente en la construcción básica que se deriva de la pretensión de entender qué es el derecho, cómo es el derecho y para qué sirve el derecho. En efecto, las respuestas que desde el imaginario común se pueden dar a estos tres cuestionamientos presentan líneas frágiles entre las tres categorías enunciadas.

1.1. Criterios de diferenciación entre tres sistemas normativos: derecho, moral y religión

Al respecto tenemos que derecho, moral y religión son sistemas normativos; los tres pretenden determinar aquello que se puede hacer y diferenciarlo de aquello que no se puede; los tres tienen incidencia en el comportamiento humano, a través de recompensas y sanciones – aunque el carácter punitivo y coercitivo de los mismos sea diferente, como se mostrará más adelante –; los tres tienen incidencia en la forma en que los individuos se conciben a sí mismos y conciben a los otros; los tres tienen sistemas de creación de normas que responden a procedimientos y a órganos jerárquicos, independientemente a los efectos que se derivan de cada uno. Por todo ello, es fácil entender por qué se ha presentado histórica y filosóficamente un debate para comprender la relación y diferencia entre cada una de las categorías mencionadas.

Por otro lado, también se puede afirmar que la discusión ha sido desarrollada por teóricos, desde el derecho, la filosofía y la ciencia política, en diferentes momentos históricos y que los posibles argumentos y contra-argumentos, ya se han establecido, como se mencionó previamente. Por otro lado, es preciso considerar que pensar en las normas que rigen a una sociedad, implica además pensar en los valores que la acompañan. En efecto, el derecho, la religión y la moral – también la cultura –, se construyen como sistemas normativos (M. García Villegas, 2009) y la labor de delimitar el

alcance de uno u otro corresponde no sólo a la academia, sino a las sociedades en las que dichos sistemas se encuentran. El resultado de esto es que la discusión entre derecho y moral, permea la teoría jurídica desde sus inicios.

La pregunta que surgiría es por qué esta discusión se relaciona con el estado laico. La relación resulta clara si se piensa que el mismo, surge como un intento por separar los asuntos estatales de los asuntos religiosos, que no es nada diferente a intentar diferenciar el derecho de la moral y aunque podemos diferenciar la moral de la religión, pues esta última no se limita a ella, en términos occidentales y estatales, moral y religión han estado fuertemente unidas. Esta afirmación se infiere, entre otras cosas, de la discusión que se enfrenta en el presente texto, es decir, la lucha por unir o separar el poder estatal del religioso que se evidenció en la mayor parte de Europa occidental, así como en Estados Unidos y por supuesto, como se evidenciará en los apartes con contenido histórico en Latinoamérica.

Pero antes de introducir al lector en la dialéctica de la construcción del estado laico, se pueden realizar ciertas abstracciones que permiten ilustrar los argumentos que desencadenan las posiciones enfrentadas, como se muestra a continuación. En una de las esquinas, el debate lo lideran quienes están a favor de la existencia de una conexión entre el derecho y la moral, dando lugar a dos posibles escenarios:

1. La existencia de una relación necesaria entre derecho y moral, que entiende que si el derecho es injusto no es derecho. Desde esta postura, la forma de identificar la existencia misma de las normas era la justicia sustancial que hacía parte de las mismas. Es decir, si no había un presupuesto de justicia en las normas no era posible pensar que ellas eran derecho (Ferrajoli, 2012), esta propuesta es el eje de la postura ius-naturalista.
2. La existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral, de forma tal que el derecho no puede ignorar los componentes morales que existen (López Serup, 2011). Este escenario es menos fuerte que el anterior, pero implica aceptar que las

normas responden a valoraciones morales, como lo plantean autores como Alexy cuando plantea “que una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción”(Alexy, 1997, p. 87).

En la otra esquina del debate, estarían aquellos vinculados a la visión clásica del positivismo jurídico, a su vez clasificada en lo que se ha denominado por la teoría, como monismo jurídico. Desde esta posición, lo primero que hay que señalar es que la existencia del derecho presupone que haya órganos para crear normas y un procedimiento relacionado (Perafán Liévano, 2011). En términos de Ferrajoli, esto equivaldría a decir que se requiere del monopolio estatal de la producción jurídica (Ferrajoli, 2012). Como se verá más adelante está producción jurídica, en términos de Kelsen, blinda a la norma válida de la posibilidad de cuestionarla moralmente: si es norma positiva, no hay lugar a dicha discusión²¹.

Sin embargo, en este contexto es relevante mencionar la diferencia entre el positivismo ideológico y el metodológico o conceptual. Así mismo, resulta importante señalar que es difícil encontrar positivistas que asuman de forma tajante que las normas jurídicas deben ser obedecidas sin tener en cuenta las percepciones morales. Es decir que el derecho por el derecho mismo como fuente suprema de autoridad sin más, es una tesis que no se sostiene actualmente, pero es lo que los iusnaturalistas atribuyen a los positivistas – que el derecho podría justificar cualquier régimen impuesto, si el mismo es válido – y es a esta posición a la que en la teoría se denomina positivismo ideológico (Nino, 1983, p. 33). Así, señala el autor que “el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones un solo principio moral. El que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente” (Nino, 1983, p. 34).

²¹ Kelsen parecería ser el que en mayor medida atribuye una línea divisoria entre derecho y moral, al dar a entender que si la norma es válida es derecho sin apreciaciones valorativas. Sin embargo, pensar en él como un teórico que no atribuía elementos morales a la norma es un poco ingenuo, como lo insinúa Nino (Nino, 1983).

Por su parte, el positivismo metodológico o conceptual, que sería el que representan los grandes autores – incluso Kelsen es clasificado también de esta forma; así, Kelsen estaría entre las dos definiciones – como Bentham, Austin, Hart, Ross y Bobbio, establece que

el concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente (Nino, 1983, p.37).

En todo caso, quienes consideran que no hay relación - o que no debería haber o que se desvanece por el poder de la norma - entre derecho y moral, asumen que el derecho es neutral – tesis de la “neutralidad” - y que, si el derecho se construye positivamente, siguiendo el procedimiento que garantiza la validez de la norma, el derecho no tendría que ser justo, o por no serlo, no dejaría de ser derecho. Por su parte, pensar que el derecho no es neutral significa asumir que las normas responden a valoraciones morales. Ello porque la moral no es neutral. En palabras de Garsón Valdés,

la parte oficial procurará siempre conferir un halo de moralidad a sus normas y sostendrá que ellas son justas y, por lo tanto, «verdadero derecho». Puede hasta negar tal carácter a los sistemas jurídicos opuestos y autocalificarse, si se quiere, de «iusnaturalista». El resultado no sería tampoco muy diferente si la parte oficial se autocalificara de «iuspositivista» y sostuviera que, a pesar de que sus normas, por definición, no están vinculadas con la moral y que hay que distinguir entre obligación jurídica y obligación moral, ellas tienen que ser obedecidas por haber sido dictadas de acuerdo con un determinado procedimiento y estar respaldadas por sanciones (Garsón Valdés, 2011, pp. 127-128).

1.2. La laicidad en el Estado

Ahora bien, otra manera de ver el debate, a partir del análisis que presentan Árbos Marín, Beltrán Ferrer & Pérez Collados sobre lo que al respecto ha señalado previamente José Luis Martí, consiste en delimitar la relación Iglesia-Estado, desde cuatro modelos de estatalidad; perspectiva que una vez más muestra cómo la dualidad derecho-moral, deriva en la dualidad derecho-religión y se concreta en la separación entre estado laico y estado confesional, lo cual resulta complejo, pues realizar una separación, para efectos del presente análisis, entre constitución e interpretación constitucional, estado y sociedad, no es tan simple pues la apuesta constitucional por un estado laico se traduce en un deber ser que está en la Carta Política, que se desarrolla a partir del desarrollo hermenéutico realizado por el tribunal constitucional, que se concreta en la forma en que se desarrollan instituciones y políticas estatales y que se hace efectivo en el sentir y actuar social. En Colombia, todos estos elementos están himbrincados. Así tendríamos:

1. El estado confesional fuerte. Éste declara públicamente su afiliación con alguna religión particular. Bajo esta estructura existe una religión oficial, la educación está imbuida en dicha posición religiosa y las prácticas de otras religiones están limitadas o incluso, prohibidas. Los estados musulmanes podrían ser ejemplos de esta categoría. En el caso colombiano y pese a que la educación se secularizó previamente a la promulgación de la Constitución de 1991²² resulta paradójico que pese a que haya colegios no afiliados a ninguna religión promuevan la realización

²² En efecto, a través del artículo 14 del Acto Legislativo n. 1 de 1936, el artículo 41 de la Carta de 1886 quedó de la siguiente forma: “Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos”(Prieto, 2011). Como complemento de lo anterior menciona Prieto que en líneas generales, los principios que se derivan de los artículos 67 y 68 de la CN de 1991 en materia de educación dictan lo siguiente: que el estado, la sociedad y la familia son sujetos responsables por la educación; que corresponde al Estado su suprema vigilancia e inspección; que los particulares pueden fundar establecimientos educativos; que los padres de familia pueden escoger el tipo de educación para sus hijos menores; que la educación religiosa no puede ser obligatoria (Singer, 1995). Así, se afirma que estos artículos evidencian una apuesta secularizante en materia educativa que contrasta con la realidad.

del sacramento de la primera comunión; los colegios bilingües y privados ilustran lo anterior, tales como el Liceo Francés, el Anglocolombiano y el Andino que promueven año tras año ceremonias de este estilo, por supuesto de carácter voluntario.

2. El estado confesional débil. En éste, se declara la preferencia sobre una religión, pero no necesariamente en las normas fundamentales. No obstante, el Estado no es neutral e impulsa políticas para favorecer a las instituciones que representan esta religión. Algunos países latinoamericanos, que obtuvieron su independencia de España durante el siglo XIX, pueden ser ejemplos de esta categoría y Colombia no estaría fuera de ellos.
3. El estado laico fuerte. En él, las prácticas religiosas hacen parte de la esfera privada del individuo y se explícita una posición de neutralidad absoluta por parte del Estado frente a cualquier creencia religiosa o frente a la carencia de estas (ateísmo o agnosticismo). La separación entre estado y religión opera en doble vía de forma tal, que el estado no interviene en asuntos religiosos, ni ninguna religión en asuntos políticos. De todo esto se deriva que la religión no debe ocupar ningún espacio en la esfera pública. Las religiones, además, no deben tener incidencia en las decisiones o acciones políticas ni ser objeto de excepciones normativas. Ejemplos serían el caso norteamericano y el francés.
4. Estado laico débil. En éste, el estado no toma partido por ninguna religión en concreto, continuando con el principio de neutralidad. No obstante, valora positivamente el hecho religioso, por oposición a visiones agnósticas o ateas. También puede haber colaboración entre el Estado y las iglesias y los argumentos religiosos quedan legitimados para su presentación en la esfera pública. Así mismo, el Estado debe posibilitar el ejercicio de las diferentes creencias religiosas. Varios países latinoamericanos en la actualidad podrían ubicarse en esta categoría. (Árboles Marín, Beltral Ferrer, & Pérez Collados, 2010)

A partir de lo señalado hasta el momento, se puede inferir que Colombia no encuadra en los modelos 1 y 3, es decir, no se podría decir que es un estado laico fuerte ni tampoco uno de aquellos en donde lo confesional se convierte en el eje de la acción normativa y política; por lo menos no conceptualmente. Pese a ello, parecería debatirse entre los modelos 2 y 4, no siendo claro hasta qué punto está atada a la religión Católica, aunque promueva la igualdad de credos.

En igual sentido, Colombia parece debatirse entre políticas y construcciones normativas propias de la laicidad que pretenden darle prioridad al individuo frente a sus creencias; y construcciones normativas que intentan retornar a una concepción del derecho imbuida en la moral católica y (o) cristiana - vg. aquella promovida por la en ese entonces senadora del Congreso de la República Viviane Morales y que fue archivada a comienzos de 2017 y que es mencionada a lo largo de la presente investigación -, que se asume como la predominante y que se evidencia en diferentes campos, tales como: en las fuerzas armadas cuyas normas están profundamente relacionadas con la Iglesia Católica; en la educación que pese a estar separada de la religión normativamente, aún hoy en día en los colegios, la formación espiritual que predomina es la católica; en la incidencia que el Estado le da a los miembros de la Iglesia Católica como mediadores y como garantes en diferentes escenarios como el del proceso de paz y como se evidenció con la visita del Pontífice Francisco en septiembre de 2017. En síntesis, la incidencia pública de la Iglesia Católica en Colombia continúa siendo innegable.

Por otro lado y como señala Chiassoni, es preciso diferenciar entre la protección a la igual libertad de conciencia y a la igual libertad religiosa, a través de derechos consagrados en una constitución rígida y sujeta al control judicial de constitucionalidad y otra cosa es proteger dichas libertades haciendo mención de ellas en una constitución flexible, que se encuentra sujeta a la voluntad de las mayorías políticas del momento (Chiassoni, 2013). En efecto, desde una primera aproximación parecería que, pese a las referencias constitucionales y a la existencia del control de constitucionalidad, las decisiones jurídicas en materia de libertad de conciencia y de religión en Colombia se

aproximan más a la visión que habla de una constitución cambiante, flexible, que se expresa por visiones políticas. Aún más, para efectos del presente trabajo, se podría añadir, que no sólo responden a las mayorías políticas sino a las visiones de derecho que acompañan a quienes toman decisiones sobre el alcance y desarrollo de la Carta Política, es decir los jueces constitucionales.

Otra división conceptual a la que se puede hacer alusión es aquella que habla de *estado confesional*, *estado teocrático* y *estado ateo*. El primero se caracteriza porque el estado profesa una adhesión por una religión particular, que se convierte en religión del estado; cuenta con regímenes concordatarios y concede a los adeptos a otras religiones, un régimen de tolerancia. En otras palabras, en la vida moral y religiosa del país hay privilegios para quienes profesan la religión oficial, pero la existencia de otras aproximaciones religiosas también es reconocida. En el segundo, hay confusión entre jerarquía estatal y eclesiástica y no hay libertad de conciencia ni en materia religiosa y si se presenta tolerancia, la misma es inestable.

El estado ateo, por su parte, comparte algunas características del estado teocrático, tales como la tolerancia inestable y la ausencia de libertad de conciencia y de religión. En este sentido, el ateísmo sería entonces *la religión de la no-religión*, pudiendo decirse que es tan radical como el teocrático (Chiassoni, 2013, p.24 y 24). Pero la disputa entre derecho y moral, va más allá de encasillar a los estados en categorías formales. Al respecto Ferrajoli señala que intentar impedir que una religión no presente su posición es completamente anti-liberal²³, así como negar que el derecho tiene contenidos morales compartidos socialmente sería irreal (Ferrajoli, 2012). Por su parte, las categorías conceptuales que se

²³ Con esta afirmación se podría incluso pensar que estados como el francés que le apuestan a la laicidad podrían, a su vez, ser catalogados como profundamente anti-liberales, dado que para lograr la anterior, requieren prohibir expresiones religiosas en espacios públicos, incluyendo a las escuelas.

quiere desarrollar y reconstruir en la presente investigación serán: *moral religiosa, laicidad y pluri-religiosidad*²⁴.

Ahora bien, pasando a entender el alcance de las categorías mencionadas es importante comenzar por presentar una breve contextualización de las mismas. Una forma de hacerlo es partir de entender los antecedentes históricos del denominado estado laico y su construcción desde los modelos norteamericano y francés hasta el caso Colombiano. Así, es preciso establecer que el estado laico es paralelo al desarrollo del estado liberal, pero para poder entender cómo ha ocurrido el proceso en el caso colombiano, es preciso revisar los dos antecedentes previamente señalados. Posteriormente, en el marco teórico se volverá a hacer referencia a los casos señalados para comprender a profundidad su importancia en la construcción del estado constitucional moderno; se revisarán elementos como la separación de poderes y la construcción de tribunales que vigilan el cumplimiento de las normas constitucionales.

Con respecto al modelo norteamericano, en esta parte introductoria, vale la pena mencionar que el estado secular²⁵ encuentra su fundamento en la primera enmienda de la Constitución federal de 1791, en donde desde la *No Establishment Clause* se establece que el Congreso no puede legislar con el propósito de establecer una religión. En consecuencia y conforme a lo que Thomas Jefferson estableció, siguiendo lo expuesto por Chiassoni, se consolida un muro de separación entre el estado y la iglesia, que no sólo limita al estado federal sino a cada uno de los estados federados. Así, ni el estado federal ni los demás estados pueden establecer ningún tipo de privilegios a favor de alguna religión o de alguna creencia religiosa ni favorecer el ateísmo o el agnosticismo; tampoco pueden

²⁴ En este sentido, se retoma la distinción que hace Peter Singer, en su texto "Ética práctica", entre la ética y la religión, en donde el autor establece que el grupo de valores que acompaña cualquier corriente religiosa no puede servir como una justificación universal, como sería la pretensión de la ética, entendida como el escenario de reflexión sobre lo moral, en el cual se pretende dar razones sobre lo que se hace o sobre lo que se cree (República de Colombia, 1886). Así, la religión se entendería como una posición moral particular que por sí misma no puede universalizarse, teniendo que recurrir a escenarios como el de la regulación jurídica y particularmente el ius-naturalismo, para que las normas que se derivan de su concepción del mundo puedan servir como pautas generales de conducta.

²⁵ O la separación entre el estado y la religión como se encuentra generalmente la referencia al estado laico en la bibliografía anglosajona: *separation between church and state*.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

establecer actos públicos que hagan referencia a dios, si tales referencias no muestran intenciones seculares; tampoco es posible colocar símbolos religiosos en espacios públicos, ni en escuelas ni tribunales. En igual sentido, la separación entre estado e iglesia en el caso norteamericano, exige la protección de la libertad de conciencia y de religión. Así, la cláusula del ejercicio libre, incluye la necesidad de proteger al individuo en su máxima expresión, contra interferencias del estado en su vida religiosa (Chiassoni, 2013).

En relación con el modelo francés, su núcleo axiológico se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que a su vez se inspira en las ideas y conceptos que se derivan de la moral secular, entendida como una concepción que valora elementos que van más allá o que pueden ir más allá de aquellos promovidos por una religión particular, pese a contar con máximas de las grandes religiones y de la ética humanística grecorromana, tales como: el respeto, el amor a la patria, la tolerancia, el respeto por las instituciones republicanas y por la democracia, lo cual como en el modelo norteamericano, implica la separación de las religiones de los espacios públicos. Esto explicaría la prohibición de aparecer en escenarios públicos (escuelas y establecimientos) o de exhibir en los mismos, símbolos o vestimentas con connotaciones religiosas (Chiassoni, 2013).

En el caso colombiano la referencia al estado laico no aparece explícitamente en la Carta Política de 1991, como ocurre en Estados Unidos (primera enmienda) y en Francia en donde en el artículo 1º de la Constitución (modificado en reforma del 28/03/2003), se establece que: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada” (Constitución Estado Francés, 1958).

En el preámbulo de la Constitución Política colombiana se establece que el poder soberano radica en el pueblo y se invoca la protección de dios de forma genérica, no como

ocurría en la anterior Carta Política (de 1886)²⁶. En este contexto, se podría suponer que es una referencia a Dios sin pretensión de adhesión a ninguna religión, pero esta suposición contrasta con el escenario jurídico y político del que se derivan relaciones explícitas con la religión católica, como se intenta evidenciar en el presente texto.

Otro elemento que contrasta entre las dos constituciones colombianas -1886 y 1991 - y que es preciso traer a colación es la forma en que concebían el rol de la Iglesia Católica. En la Constitución Política de 1886 (República de Colombia, 1886), artículo 38 del Título III. De los derechos civiles y garantías cívicas, se establecía que:

La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia²⁷.

Por el contrario, en el artículo 19 de la Constitución de 1991, se establece que “se garantiza la libertad de cultos” y que “toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Estableciendo además que “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley” (República de Colombia, 2012).

²⁶ El contraste en términos de contenido se presenta de la siguiente forma: el preámbulo de la Constitución Política de 1886 señalaba: “*En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad (...); y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz (...)*”. Por su parte, el preámbulo de la Constitución Política de 1991, como ya se mencionó establece que: “*en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana*”. Así, pese a que en las dos se hace referencia a dios, en la primera se entiende como fuente suprema de toda autoridad y en la segunda, sólo se invoca su protección de manera genérica. Claramente hay un cambio en términos del ejercicio de la soberanía. Sin embargo, en términos de laicidad, éste no es tan claro y radical como el que se deriva de la constitución francesa y de la norteamericana; y este matiz, que no es superficial, es el supuesto central de la presente investigación.

²⁷ Estas son otras normas de la Constitución colombiana de 1886, que reflejan la prevalencia de la religión católica: artículo 40. “Es permitido el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes; Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común”; artículo 41. “La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica” (Lemaitre Ripoll, 2009).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Como se deriva de lo anterior, en los modelos norteamericano y francés la declaración del estado, frente a la laicidad no es ambivalente ni da lugar a interpretaciones acerca de si la intención del estado fue o no ser un estado que no involucra, desde lo público, ninguna posición religiosa ni moral. En el caso colombiano, además de la diferencia entre las dos cartas políticas, que dividen la historia para realizar preguntas sobre la posible laicidad del estado, sigue siendo posible interpretar la Carta en dos sentidos opuestos: 1. Señalar que la apelación a la protección de dios es genérica y no desvirtúa la apuesta laica, pues simplemente es un *deber ser* y 2. Considerar que dicha declaración es un reconocimiento del estado, como teocrático o pluri-religioso²⁸.

Ahora bien, luego del contexto presentado, se puede concluir que la laicidad, tradicionalmente, se ha entendido como la separación del poder de la iglesia (espiritual), del poder del estado (terrenal). Pero como se ha intentado establecer, esta definición resulta insuficiente pues la laicidad no se limita a la separación de poderes ni a la neutralidad del estado ni a la des-confesionalización de la educación pública. En este sentido, es importante destacar que el desarrollo de la laicidad, no significa, ni ha significado, el fin de la religión. En efecto, la laicidad implica mucho más que la aceptación constitucional del derecho que tiene cada persona de vivir conforme a sus propias convicciones, que en efecto, parecería ser el caso del estado colombiano bajo la Carta de 1991, es decir, la aceptación y protección de la libertad de credos o en palabras de Ricardo Arias, la apuesta laica sería aquella que se dirige a “buscar e instaurar un acuerdo general, el entendimiento y la armonía que aseguran la existencia de una sociedad plural” (Arias, 2003, p.45), pero como se señaló, esta aproximación no es suficiente.

²⁸ Por supuesto, habría una discusión adicional sobre el valor que tiene el preámbulo en una constitución. En este sentido, en la presente investigación el preámbulo no solo constituye una declaración de un deber ser y de principios, sino que perfila el modelo de estado y de sociedad que se quiere tener y tiene, como los demás artículos constitucionales, valor normativo. En un intento por hacer una analogía argumentativa, afirmar que los preámbulos no tienen valor normativo por su redacción o carácter aspiracional podría llevar a afirmar que las enmiendas tampoco lo tendrían dado que su estructura y contenido también son aspiracionales, desvirtuando el carácter de la Carta Política Norteamericana; lo cual carece de sentido en términos jurídicos.

En igual sentido, señala Arias, mencionando a Poulat que la laicidad implica la construcción de un espacio público de debate que permita garantizar la libertad de conciencia, que es la máxima revolucionaria de la categoría conceptual analizada, lo cual implica aceptar la pluralidad y evitar a toda costa que una posición o convicción se convierta en ley. Así, la apuesta por la laicidad es un proyecto profundamente democrático pero el límite entre lograrlo y producir la radicalización de los sectores clericales y anti-clericales es fácil de romper, en la medida en que la lucha por intereses personales o por imponer verdades personales surge; y un escenario en el que no se promueva una sociedad abierta en la que todo el mundo pueda ser incluido, parecería ser una consecuencia de no entender las demandas sociales e intentar imponer un modelo laico (Arias, 2003).

Así, luego de presentar el contexto del debate y un marco conceptual básico, se da inicio al análisis puntual del desarrollo de la laicidad, y porqué no de la confesionalidad, en el derecho constitucional colombiano. La hipótesis puntual y que, a partir de este momento, se pretende integrar con la hipótesis general de la presente tesis, es decir, que la Constitución colombiana es pluri-religiosa y continúa siendo creyente y no laica, parte de asumir que el estado constitucional colombiano está enraizado en el derecho natural, razón por la cual las apuestas laicas siempre son tímidas y desarticuladas y dan lugar a una dualidad normativo-social que se debate entre el respeto por las libertades individuales, sin distinciones ni privilegios morales y una moral latente de una mayoría fuerte pero indeterminada que habla desde la moral religiosa.

Capítulo 2. Rastreado los vestigios del derecho natural en el caso colombiano

En el presente capítulo se analizará si la definición de Derecho y de Estado en Colombia, que se formula desde la Constitución, ha estado (antes de 1991) y continúa estando (después de 1991) enmarcada por el derecho natural, pese a los intentos por tener un Estado predominantemente liberal y laico. Así pues, el constitucionalismo colombiano se encuentra inmerso en el derecho natural, razón por la cual no es posible entender a Colombia ni como estado laico ni como estado confesional, sino se parte de comprender cuáles y cómo son los valores en que se inspira, así como su fundamentación y carácter supra-normativo.

Lo anterior implica asumir que el derecho colombiano y el constitucional están enraizados en el derecho natural y lo requieren para poder justificar la validez de las normas que lo integran. En efecto, se considera que es precisamente en la Carta Política, en donde lo anterior se evidencia de forma clara, pues el derecho natural se requiere para entender su rol como norma de normas, lo cual implica, entre otras cosas, su entendimiento como norma fundante de carácter simbólico y aspiracional, que indica el deber ser del estado colombiano.

En este orden de ideas, se afirma que el proyecto liberal y si se quiere laico que ha estado presente en diferentes momentos históricos en nuestro país – y que se ha entrecruzado con proyectos conservadores y confesionales -, se inspira en premisas propias del iusnaturalismo. En efecto, el discurso sobre los derechos fundamentales y las diferentes estrategias para garantizarlos, que son de orden legal y político - y particularmente el rol de nuestro tribunal constitucional -, requieren del derecho natural para poder sustentarse y validarse.

Estas afirmaciones implican, por lo menos, dos cosas:

1. Que el juicio de valor desde el que se asume que el derecho natural es pre-moderno y tiene fundamento conservador no es necesariamente cierto. En esta medida y como se verá a lo largo del presente texto, el derecho natural puede estar presente en propuestas progresistas, liberales y modernas, de hecho, se puede incluso hablar de un *dios ilustrado*; un dios que avala el derecho positivo como expresión de valores compatibles con una perspectiva moral particular.

2. Que pensar en una propuesta de estado liberal y moderno no implica quitarle los elementos morales al derecho ni mucho menos dejar de lado propuestas morales particulares como lo pueden ser: la invocación a la protección de dios de forma genérica o la pretensión de respetar e incluir la diversidad religiosa como rasgo característico de una sociedad liberal. Por esto, en esta investigación se asume que el proyecto constitucional colombiano es pluri-religioso y no confesional ni laico, situación que implica que los valores y principios que derivan de la Carta no solamente provienen de las normas pero que todos deben coincidir en tratar a cada individuo como sujeto de derechos y así proporcionarle los requerimientos propios de la dignidad humana.

Se aclara finalmente que no todos los elementos ni presupuestos del derecho constitucional ni del estado colombiano se fundamentan en el derecho natural, pero los derechos fundamentales y los principios rectores, así como nuestra constitución entendida como norma de normas y su tribunal constitucional, requieren del derecho natural para justificarse y poder legitimar el deber ser que caracteriza nuestra cultura jurídica. De esta forma, se quiere entender cómo se ha desarrollado la tensión iusnaturalista/iuspositivista que histórica, discursiva y jurisprudencialmente permite afirmar que la apuesta constitucional del estado colombiano es pluri-religiosa.

Así, se entiende que los intentos por transformar desde la constitución el estado confesional hacia uno de carácter laico, en el caso colombiano, termina siendo una contradicción en los términos. Ello por dos razones:

1. Colombia evidencia como pocos países la brecha entre normas y realidad social. En efecto, en los casos tratados se ve la pugna entre el sentir popular conservador y la protección

constitucional a los derechos de la minoría LGBTI, igualitaria y luchadora por la primacía de sus derechos fundamentales.

2. Pese al cambio sustancial entre un estado liderado por el poder del dios católico (fuente suprema de toda autoridad), a uno liberado por el poder del pueblo pero que requiere, para legitimarse de la protección del poder supra-legal de un dios genérico o como se ha denominado en esta investigación *del dios ilustrado*, se requiere del iusnaturalismo, pues para darle sustento a esta autoridad, que debe estar inspirada en valores supra-estatales compatibles con la Carta y en el caso en cuestión con el discurso de derechos humanos y con la dignidad humana.

En consecuencia, el problema que se pretende abarcar parte de entender que en Colombia la Constitución y el marco jurídico que la acompaña se han debatido entre dos poderes: el de la Iglesia Católica y el del estado aplicando el principio de legalidad. Se considera que esta dualidad tuvo un punto de quiebre, con la promulgación de la Constitución de 1991 y con su consecuente desarrollo jurisprudencial; momentos en los cuales se pretendió llevar el estado colombiano desde la confesionalidad hasta la laicidad. Esta situación, en nuestra realidad político-jurídica, se tradujo en un fortalecimiento de los derechos de los individuos y en una Constitución con una fuerte proyección hacia la protección de grupos humanos vulnerables, pasando entonces a denominarse Estado Social de Derecho. En este escenario parecía que la Iglesia Católica, la dominante en la historia del país durante el siglo XIX y XX, pasaba a estar en un segundo lugar²⁹. Lo que ocurrió, por su parte, evidenció que el reconocimiento de los derechos fundamentales y determinantes de la identidad individual y colectiva, generó el inicio de un proyecto diferente, el pluri-religioso.

Es así como en la práctica se presentan por lo menos dos realidades en tensión que buscan dar primacía a valores superiores inspirados en elementos como la justicia, la razón y la historia

²⁹ Sin embargo, autores como Munévar proponen que, pese al terreno ganado por otras iglesias cristianas, la Iglesia católica ha retomado su rol de liderazgo en el país con su participación en temas sociales, de derechos humanos y en el proceso de paz. Por otro lado, establece el autor que dado lo anterior, la tesis de la separación de las iglesias del estado, que era una base de la teología cristiana protestante, en Colombia está alterada (Munévar, 2005, p. 256).

(iusnaturalismo racional-histórico), que se entienden como elementos interpretativos propios del derecho natural racional-histórico y fundantes del acá denominado *dios ilustrado*, por ser supra-normativos. Una de las realidades es la constitucional que desvinculó la idea de supremacía del *dios católico* frente a las normas fundamentales, pero que conservó la apelación a la protección divina. Entonces, la realidad constitucional continúa inspirándose en valores que provienen de una autoridad suprema, que, aunque no es parte de una religión particular, se ampara en pre-supuestos como la dignidad humana –común al discurso de los derechos humanos y al de la Iglesia Católica y en ese sentido compatibles-. La otra realidad es de carácter discursivo y en ella se asume que, por la apropiación de los derechos humanos y fundamentales, la confesionalidad desaparece, pero no es así, pues lo que ocurre es que la Carta de 1991 abrió la puerta para que muchas realidades confesionales pudieran expresarse libremente y tener un espacio en el sentir popular, expresado a veces, en la voluntad del Congreso de la República.

Estas realidades contrastan con decisiones que oscilan entre ideas liberales y conservadoras, dependiendo de las personas que ejercen el poder – vg. la posición del ex procurador Ordoñez frente al matrimonio homosexual y al aborto-. En síntesis, a la realidad estatal y constitucional, y a su construcción jurisprudencial, se contraponen los discursos de quienes detentan el poder entrando en un juego entre confesionalidad y laicidad, cuyo punto de encuentro es el derecho natural.

Con los textos estudiados en el presente capítulo fue posible encontrar justificaciones que desafían las tendencias conservadoras del pensamiento iusnaturalista basadas en un dios inmutable y reconocido por la Iglesia Católica, para encontrar en diversos periodos un dios que se ha denominado en el presente texto, *dios ilustrado*. Además, no sólo el Dios que se derivó de la Independencia tuvo la pretensión de ser *ilustrado*, pues se alimentaba de las ideas revolucionarias de Francia y de Estados Unidos, sino aquel que se menciona en la Constitución de 1991 y el que

se deriva de las propuestas de análisis de nuestra cultura jurídica³⁰.

En este contexto, los textos escogidos permiten sostener que ese *dios ilustrado*, además de estar presente en la historia constitucional colombiana, se sustenta en el derecho natural de corte racional-histórico. En consecuencia, no solo no resulta posible separar la moral del derecho –discurso bizantino –, sino que pretensiones como la justicia sólo se concretan en términos constitucionales acudiendo a principios y valores supra-legales cuyo fundamento es de corte iusnaturalista; aunque el derecho natural no pueda ser entendido como fuente de derecho, como se deriva del análisis propuesto.

2.1. Colombia ilustrada desde el iusnaturalismo

El propósito de este acápite consiste en entender cómo se ha presentado históricamente en Colombia, la tensión entre derecho natural y derecho positivo y entre el estado confesional y el estado laico. Para ello, se parte del desarrollo del constitucionalismo y de los derechos fundamentales en la Carta Política. Se partió de asumir que los diferentes elementos de la construcción estatal y jurídica en Colombia, que incluye aspectos como la división de poderes, la incorporación de derechos fundamentales, la participación política, y los resultados de las negociaciones con la Iglesia Católica determinaron la forma en que el estado se presentaba a sí mismo, los elementos constitutivos de su desarrollo constitucional y la manera en que su legitimidad se anclaba no sólo a normas positivas sino a valores extra-normativos. Así, a partir de los textos trabajados, se quiso determinar el alcance que en la definición del estado y de la norma constitucional en Colombia ha tenido el derecho natural.

³⁰ Al respecto señala Hernando Valencia Villa en su texto *Cartas de Batalla* aunque no se puede medir existió una clara influencia normativa por parte de las revoluciones francesa y norteamericana, sobre todo dada en la mitología política pues gravitaba en torno a lo que acontecía en París y Filadelfia y con ellas, se determinaba un modelo de orden estatal que fue determinante para el proyecto nacional hispanoamericano (Valencia Villa, 2010).

2.1.1. La Ilustración y su paso por el constitucionalismo y la cultura jurídica hispano-americana

En este primer sub-apartado se realizó una aproximación crítica frente a la construcción del estado constitucional y de los derechos fundamentales en Colombia e Hispanoamérica. Este recorrido histórico-constitucional permite tener como hilo conductor, así como ocurre en los demás apartados del presente capítulo, el rastreo de elementos del derecho natural. Es importante resaltar que los textos trabajados muestran cómo se presentaba el estado confesional o laico en cada periodo. El itinerario que se sigue es el siguiente: primero, se presentan los aportes y las críticas desarrolladas por Marquardt en sus textos: *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)* y *Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica (1810-2008)*. Posteriormente se presenta un cuestionamiento al Estado-Nación, en donde se ilustra el planteamiento de François Chevalier en su texto *América Latina. De La Independencia A Nuestros Días*.

2.1.1.1. Retando la historia constitucional hispanoamericana

Marquardt hace honor al título sugerido para este sub-capítulo y comienza su texto *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)*, señalando que existen tres problemas a la hora de abordar la historia del derecho constitucional en América Latina, a seguir: la preponderancia de enfoques nacionales e historiografías aisladas, comparación obligatoria con tres estados que se consideran referentes - Inglaterra, Estados Unidos y Francia - y la presencia de recopilaciones sin contexto socio-jurídico y sin análisis de fuentes primarias. Con esto en mente, el autor cuestiona la *aparente* ausencia del papel de Hispano-América en la historia del derecho constitucional republicano. Asociado con esta desvalorización, destaca que la misma se refleja en

afirmaciones de autores de la zona en donde señalan que las constituciones en América Latina son copiadas, sin adaptación y en consecuencia carecen de aplicación práctica³¹.

Dicha situación contrasta con el lugar que Hispano-América jugó en la transformación ilustrada del mundo entre 1776 y 1825. Se podría decir que lo que ocurrió es que utilizaron como inspiración las constituciones primarias, que se derivan de la Ilustración y de las revoluciones que acompañaron este periodo histórico. Además, es importante pensar que Europa no fue precursora del constitucionalismo, sino que participó en la dinámica como lo hizo Hispano-América. Además, respecto a la eficacia de las constituciones de la época, no es posible pensar en ellas en términos actuales, sino como programas políticos dirigidos al futuro (Marquardt, 2011). Por otro lado, para Marquardt resulta importante considerar que las diferentes culturas políticas y dinámicas de poder, inciden en pensar en Hispano-América como *el invernadero del Estado constitucional republicano en el largo siglo XIX*. Para el caso que nos ocupa, Colombia desarrolló de forma rápida una cultura política relativamente estable de cambio constitucional: con prohibición de reelección hasta 2004, con sólo tres cambios presidenciales violentos y con mandatarios de cuatro y dos años (Marquardt, 2011, p. 90).

En este marco de ideas, el autor establece la existencia de seis fases del constitucionalismo moderno en Hispano-América. En cada una de ellas, hace referencia al caso colombiano, que es nuestro objeto de análisis. En la primera fase, *Transformación originaria al Estado republicano de la Ilustración política (1810-1847)*, Colombia hacía parte de las Provincias Unidas de la Nueva Granada y sus construcciones constitucionales estuvieron marcadas por la influencia de la *Ilustración política*; ejemplo de ello fue la primera publicación y traducción por parte de Antonio Nariño de la Declaración de los Derechos del Hombre, orientada en la declaración francesa de

³¹ Para Marquardt existen tres bloqueadores que impiden ver la importancia de la zona en términos del constitucionalismo: Una mirada desdeñosa de las ciencias de Europa y Norteamérica frente a América Latina, base del enfoque hegemónico; una mirada de víctima y subordinación por parte de América-Latina hacia sí misma y la supuesta ausencia de constitucionalismo por el caudillismo y dictaduras por las que pasaron muchos de los países de la zona.

1789 y base ideológica de la revolución hispanoamericana. Se destaca el levantamiento de los Comuneros del Socorro en 1871 y se resalta que el perfil de los revolucionarios hispanoamericanos era el de una burguesía educada y con posición económica, que provenía de los centros urbanos y que encarnaba el espíritu de la Ilustración, inspirada en el individuo y en sus derechos. Este resulta ser un antecedente importante en términos de la pretensión de tener la bendición de un *dios ilustrado*.

En esta primera fase, también se hace referencia a la formación de la República de Colombia y a la Constitución de 1821. Al respecto, Marquardt hace una distinción relevante al señalar que la denominada *Patria Boba*, es un anacronismo porque no había patria y por esto no podía ser boba. En este escenario imperaron los fines idealistas de los revolucionarios ilustrados, encabezados por Simón Bolívar. Marquardt señala que esta Constitución tuvo fundamentación clara en los valores del republicanismo ilustrado, favoreciendo ideas como la soberanía nacional y el fortalecimiento del poder ejecutivo, lo que evidencia tendencias fuertemente antagónicas (liberales y conservadoras para intentar equilibrar las fuerzas estatales y religiosas). Un elemento importante fue la promoción de la educación pública y el progreso de las ciencias, elementos propios y fundantes del estado laico. Esto se reflejó también en que sólo se hizo una invocación genérica a la divinidad, aunque el mensaje del Congreso señalaba a la religión católica, apostólica y romana, como la religión del Estado.

La segunda fase, *Generación de 1848 y constitucionalismo del alto liberalismo suramericano*, se caracterizó por el triunfo del alto liberalismo idealista, inspirado en el movimiento de liberalismo transnacional. El caso colombiano, que en el momento se denominaba Nueva Granada, ocupó el primer puesto en términos de profundidad de los derechos fundamentales garantizados y en términos del grado de democratización. Este proceso culminó con la Constitución Política para los Estados Unidos de Colombia, siendo la Carta Política que evidenció en mayor medida el liberalismo radical y puro, orientado hacia el sufragio universal masculino, parlamentos fuertes, poder ejecutivo limitado, catálogos idealistas de derechos humanos, abolición de la pena de muerte y libertad absoluta de prensa, disolución de los últimos restos de esclavitud, justicia constitucional, laicismo y federalismo.

Nuevamente y pese a este matiz laico, Marquardt evidencia que la génesis de los derechos humanos y fundamentales del liberalismo y de la Ilustración política vivida en la época y basados en la libertad y en la igualdad de los individuos, tienen, a su vez, un fundamento filosófico en principios universales y supraestatales, sugiriendo que la tesis planteada para este capítulo y que sirve de pilar para la tesis central del presente texto, se puede sostener, es decir, aquella que señala *que la definición del estado colombiano ha tenido al derecho natural en sus cimientos y evidenciar que, con esta característica, cualquier entendimiento sobre la laicidad en Colombia está enmarcada en dichas raíces*. Pese a ello, el autor es claro al sostener que son básicamente las constituciones de la primera fase las que tenían un fundamento típicamente idealista de corte iusnaturalista (Bernd Marquardt, 201, p. 221).

Por su parte, la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853, conforme a lo planteado por el autor, constituye un ejemplo representativo de los derechos fundamentales del alto liberalismo iberoamericano. Se establece, por ejemplo, que el deber primordial del Estado es garantizar la libertad individual de sus ciudadanos; libertad que además enmarca todas aquellas no nombradas explícitamente en el antiguo régimen y que se anclaban al derecho policial cristiano-ético. También se incorporó por primera vez la libertad de cultos y se intentó integrar a la sociedad republicana laica con los inmigrantes protestantes y judíos. Así mismo, se reguló la separación entre el Estado y la Iglesia, el matrimonio civil y el divorcio y se le dio prioridad a la libertad de prensa.

No obstante lo anterior, Marquardt menciona que el Estado del alto liberalismo no fue tolerante, sino que su “universalismo iusnaturalista le impidió respetar patrones culturales contrarios” (Bernd Marquardt, 2011, p. 241), lo cual es relevante en términos de analizar cómo las normas y la realidad parecen ir en contravía en gran parte de la historia de nuestro país, y de Latinoamérica, pudiendo afirmar que la laicidad teórica contrasta con la práctica iusnaturalista conservadora.

Para efectos de la presente investigación se destaca que en esta fase el autor señala la forma en que la nueva religión secular que se derivaba de la Ilustración y que, como se ha señalado está inspirada en el iusnaturalismo, se vio confrontada con las interpretaciones teocéntricas del mundo. En este sentido, menciona Marquardt que cuando la esfera divina fue reemplazada por el Estado, *el Estado entonces se convirtió en una forma de ver y entender la divinidad*; lo cual se evidencia, por ejemplo, en la Constitución de 1863, en donde se suprimió toda invocación divina, dando al pueblo el poder y la legitimidad constitucional.

Frente a la tercera fase, *El Estado constitucional en la era de la consolidación nacional (aprox. 1880-1960)*, se puede afirmar que quedó signada por la consolidación de la estatalidad nacional y del orden de la paz interna. En el caso colombiano la hegemonía liberal terminó hacia 1886, año en el que se promulgó la Constitución que, pese a numerosas reformas, nos acompañó por más de un siglo. Así, la historia constitucional colombiana se divide, a partir de allí en la regeneración de 1886 y en la contra-contrarreforma de 1910.

Marquardt señala que muchos autores se han limitado a entender que la Constitución de 1886 superó el supuesto desastre entre federalismo y laicismo, e ignoran que lo ocurrido fue un retroceso. Para él, no es posible pensar en la Carta Política de 1886 sin mirar que nació en circunstancias cuestionables; surgió siguiendo el lema autoproclamado de la regeneración, entendida como la supresión de todos los desarrollos del alto liberalismo. Así, la Constitución de 1886, se enfocó en los siguientes cambios: incorporación de un sistema mixto regionalista, contra el federalismo; fortalecimiento de la nación; reemplazo de la laicidad por una orientación católica, sin tocar la libertad de culto; limitación de varios derechos fundamentales, particularmente de la libertad de prensa; des-democratización parcial del sufragio; valorización neo-presidencialista del poder ejecutivo e inicios del constitucionalismo industrial (Bernd Marquardt, 2011, p. 12, Tomo 2).

En relación con los temas que son relevantes para el presente texto, vale la pena mencionar lo ocurrido en términos del regreso al estado confesional, sin tocar, formalmente, la libertad de

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

cultos, pues en la práctica sólo era posible ejercerla plenamente para los católicos. En este sentido, es preciso tener en cuenta dos elementos: en el preámbulo se estableció que la Carta se promulgaba “en nombre de dios, fuente suprema de toda autoridad” y se consagró como religión de la nación la Católica, Apostólica y Romana, retomando un fuerte poder religioso de carácter supra-estatal y de corte iusnaturalista teológico, conforme a lo expuesto por Nino (Nino, 1983) y que se desarrolla en diferentes apartados del presente texto. Para sustentar lo ocurrido se utilizó por mucho tiempo el argumento, de corte democrático, que establecía que el pueblo colombiano era casi homogéneamente católico, pese a haber incorporado la laicidad previamente. También se limitó la idea de educación pública laica y de forma anti-ilustrada, se estableció que la educación pública estaría organizada y dirigida por la Religión Católica y se restauró el matrimonio canónico indisoluble, con el Concordato de 1887.

Así, señala Marquardt que sobrevivió la libertad de cultos, aunque con los límites de la moral cristiana y continuó el espíritu de separar los asuntos del Estado de los de la Iglesia; otro contra-sentido: existe la libertad de cultos en función de la moral cristiana. En términos de los derechos fundamentales, si bien continuó existiendo un capítulo sobre los mismos, se limitaron ciertas libertades, entre ellas la de prensa. Se re-estableció la pena de muerte, excepto en delitos políticos - duró poco dado que en la reforma de 1910 se volvió a suprimir -. Además, se incorporó la justicia constitucional, dejando todo en manos de la Corte Suprema de Justicia. Este tema fue objeto de contra-reforma en 1910, al ampliar el control constitucional.

En la cuarta fase, *El complemento del republicanismo ilustrado por el constitucionalismo socio-económico (1917 – 1949)*, conforme a lo planteado por el autor, “se complementó el republicanismo individualista de la Ilustración política con el constitucionalismo socioeconómico de la gran transformación de la sociedad industrial, ampliando el perfil de los valores liberales” (Bernd Marquardt, 2011, p. 70, Tomo 2). En relación con los valores individualistas, se dio paso a la inclusión de valores colectivos y sociales, al relativizar la libertad económica.

La quinta fase, que Marquardt titula: *El Estado hispanoamericano en la crisis de la transformación industrial y el anti-constitucionalismo dictatorial (aprox. 1950 – década de 1980)*, coincide con la transformación de la sociedad agraria e industrial y con el proceso de urbanización. Se destaca que después de la Segunda Guerra Mundial, América Latina desarrolló patrones de una cultura política de la violencia. En términos constitucionales, la figura que más se utilizó fue la del régimen de excepción del estado de sitio. Lo ocurrido en este escenario, constitucionalmente se puede sintetizar en función de la lucha entre el constitucionalismo liberal del siglo XIX y el constitucionalismo social-demócrata de la primera mitad del siglo XX, dando lugar a la figura de lucha amigo-enemigo, conforme a Schmitt (Bernd Marquardt, 2011, p. 153, Tomo 2).

Finalmente, el autor presenta la sexta fase denominada: *Restablecimiento del Estado constitucional en Hispano-América y la transformación al constitucionalismo pluralista (desde 1985)*. Al respecto destaca que después de los 80, desaparecieron las dictaduras y los gobiernos comisarios, se derrumbó la cultura política de los golpes de estado y del *estado de sitio*; término que acuña para referirse a lo ocurrido, de forma casi ininterrumpida, entre 1948 y 1990 en Colombia. En este escenario, nuestro país tuvo un proceso que contrastó con lo ocurrido en otros países de Latinoamérica. En 1986 se disolvió el sistema de facto del Frente Nacional y en 1991, todo se dio para contar con el clima requerido para una nueva Constitución, la de 1991³², una de las Cartas Políticas más idealistas de su tiempo y el *acontecimiento*³³, desde el punto de vista metodológico de la presente investigación.

Por supuesto Colombia no fue el único caso que muestra el desarrollo constitucional latinoamericano. Marquardt menciona que muchas de estas propuestas constitucionales, se pueden ver desde su perfil pluralista y desde la incorporación de valores liberales, sociales y ambientales –vg. la boliviana y la venezolana durante el gobierno de Hugo Chávez y antes de su

³² Ver el análisis realizado sobre el texto de Julieta Lemaitre (Lemaitre Ripoll, 2009).

³³ Es importante recordar que el *acontecimiento* escogido es la Constitución de 1991, en la medida en que de su promulgación y desarrollo surge la pregunta sobre la existencia o no de un proyecto laico, de uno confesional o de uno pluri-religioso, pregunta y tesis del a presente investigación. Y por qué es el *acontecimiento*, porque es el hecho histórico que divide la historia constitucional en dos y que permite estudiar si estamos frente a un estado laico o frente a una constitución que continúa siendo creyente pero que acepta otros credos, a diferencia de la de 1886.

deformación con el gobierno de Nicolás Maduro . Frente a estos valores, vale la pena destacar que el núcleo de los derechos fundamentales se estableció, a partir de la idea de *dignidad humana*, que se adoptó a partir de la terminología de las Naciones Unidas, como de hecho se establece en el artículo 1 de nuestra Constitución. Por otro lado, frente a la restauración de derechos fundamentales liberales, menciona Marquardt, se le dio fuerza al debido proceso, incluyendo el acceso a la justicia como derecho. En función de la justicia constitucional, Colombia incorporó a la Corte Constitucional caracterizada en sus inicios por su independencia y por efectivizar los derechos de quienes antes no tenían voz; ejemplos como el nuestro ocurrieron a lo largo del continente.

Para terminar, vale la pena destacar que el constitucionalismo latinoamericano tiene un corte más idealista que el europeo, pese a que la brecha entre la realidad y la norma sea más profunda. Así mismo, del análisis realizado por Marquardt se deriva la necesidad de reevaluar la creencia errónea de que Hispanoamérica es un mundo atrasado en términos constitucionales; por el contrario, se presenta como un escenario histórico pleno de adelantos en la materia. En las múltiples constituciones que comienzan a gestarse en 1810, y que se replican a lo largo de dos siglos, se va determinando la identidad de los estados latinoamericanos y su devenir entre una lucha por conceptualizar el estado desde la esfera confesional, hasta la esfera laica.

Para efectos de la investigación, se puede afirmar que no sólo en Colombia sino en gran parte de América Latina, los valores de la Ilustración, que se concretan en los derechos inalienables del individuo, pueden ser entendidos como valores inspirados en el iusnaturalismo, que acá se decidió denominar *iusnaturalismo ilustrado*³⁴, pues no se fundamenta de forma

³⁴ Esta categoría que volverá a aparecer en el capítulo 4, intenta evidenciar que, a partir del desarrollo constitucional y de derechos fundamentales de Colombia, y de otros países de América Latina, las categorías de iusnaturalismo usadas por los teóricos se quedan cortas para mostrar cómo nuestra propia cultura constitucional permite pensar en otras categorías teóricas, como la que se propone. Así, el iusnaturalismo ilustrado sería la forma en que se entienden las reglas y principios extra-normativos que pueden ser parte de la Constitución Política y que van más allá que ella, que provienen de la realidad socio-cultural, religiosa, política y de otros elementos morales y valorativos; sobre todo, son consecuencia de la lucha constitucional entre propuestas confesionales y laicas, permitiendo encontrar una Constitución

exclusiva en el iusnaturalismo teológico, tampoco se podría considerar puramente racionalista ni historicista. De hecho, parecería delinearse como una nueva categoría analítica que permite hablar de valores y principios que se inspiran en dios pero se revisan y renuevan, a partir de los movimientos revolucionarios pre-independentistas (corriente historicista) y que pasan la prueba tanto por parte de constituciones laicas como de constituciones confesionales (corriente racionalista), pero incluso van más allá, pues para poder ser considerados como tales, deben pasar la prueba de estar en la fuente por excelencia de nuestro derecho positivo que por mandato legal es la ley, como se deriva del artículos 4 y 230 de la Constitución Política³⁵ y lo establecido en la Ley 153 de 1881 y que se ratifica en el análisis jurisprudencial que se presenta en este texto más adelante.

2.1.1.2. Retando la historia de los derechos fundamentales hispanoamericana

que, como la de 1991, logra recoger una propuesta no a-confesional –invocando la protección de dios genérica -pero con el reconocimiento de la libertad de credos. Estos principios y valores tienen la pretensión de universalidad como se verá del análisis de decisiones jurisprudenciales, pero su reconocimiento y legitimidad surge por fuente directa de la ley, así no estén en ella incorporados directamente y sean consecuencia del análisis de los jueces, es decir, respondan a una realidad hermenéutica.

³⁵ El artículo 4, establece que: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. A su vez, el artículo 230, consagra que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (República de Colombia, 2012). Por su parte, en la Ley 153 de 1887, se establece en sus diversos artículos, el orden de las fuentes del derecho y la forma en que las mismas interactúan, a seguir: artículo 2. “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”; artículo 4. “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”; artículo 5. “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes”; artículo 8. “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”; artículo 9. “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra ó á su espíritu, se desechará como insubsistente”; artículo 10. “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores; artículo 13. “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, á falta de legislación positiva”(Congreso de la República de Colombia, 1887) .

Marquardt desarrolla un ejercicio similar al que hace en el texto que se acabó de estudiar, en su artículo *Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica (1810-2008). Exigencia y realidad desde una perspectiva global comparada* (Berndt Marquardt, 2008). En este esfuerzo el autor presenta la misma perspectiva metodológica y de análisis crítico y realiza un esfuerzo por entender la difusa historia de los derechos fundamentales en Hispano-América desde la revolución ilustrada (1810) hasta el 2008. El autor parte del mismo supuesto fáctico de su texto sobre la historia constitucional en Hispanoamérica. Ello, en la medida en que asume que se ha ignorado el papel de América Latina en la historia universal de los derechos fundamentales, por el sesgo eurocentrista y norteamericano. A este sesgo, se une el estigma de tercer mundo que se ha dado al nuevo mundo y el estigma de las dictaduras militares que vivió Latinoamérica entre los 60s y hasta los 80s, que pareciera dejar sin piso un estudio sobre los derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, desde el escenario propuesto por el autor, Hispanoamérica aparece como uno de los puntos de partida revolucionarios de la transformación ilustrada del mundo, siendo los otros dos: EEUU y Francia. A esto último, se une el planteamiento de Marquardt de que no hay otro espacio geográfico con mayor productividad constitucional y que América Latina es un escenario idealista en términos de derechos fundamentales.

En este artículo Marquardt también divide su análisis en las seis fases del constitucionalismo hispanoamericano. En la primera fase, la transformación originaria al estado constitucional republicano-democrático, se instaló y se probó. En la segunda fase, la del triunfo del liberalismo idealista, transformó a Colombia, Argentina, México y Venezuela en estados constitucionales líderes de occidente. En la tercera fase, la del estado constitucional madurado, se presentó la consolidación de la estatalidad nacional y del orden de la paz interna; proceso que trajo como consecuencia transformaciones del liberalismo radical que no estaban suficientemente consolidadas, tal como ocurrió en Colombia con la pretensión de laicidad en un pueblo esencialmente católico y que fue revocada en 1886 (Berndt Marquardt, 2008: p. 40).

En la cuarta fase, se complementó el republicanismo ilustrado con el constitucionalismo social, que en Colombia se alcanzó en 1936. La quinta fase fue la del estado hispanoamericano en la crisis de la transformación industrial. También se instrumentalizó el estado de sitio para manejar las crisis, lo cual no sobra decir, contrasta con un amplio desarrollo en derechos fundamentales constitucionalizados. La otra alternativa que tuvo cabida en esta fase (1949 -1980) fueron las dictaduras. Para terminar, está la sexta fase, de regeneración del estado constitucional republicano- democrático que tiene su inicio en 1985 y que continúa hasta la fecha.

En relación con los derechos fundamentales, se parte de la herencia de la ilustración que presentó las bases para fortalecer la libertad e igualdad del individuo y que, conforme a lo expuesto por el autor y siendo consistentes con la tesis que se sostiene en el presente texto, se ratifica en que este tipo de derechos son filosóficamente considerados como principios universales y supra-estatales, que parten de la consagración de los derechos humanos y que en su transformación estatal y constitucional, asumen la forma de fundamentales. Señala Marquardt que:

[L]as raíces inmediatas del Estado liberal de los derechos fundamentales, pueden verse en las discusiones iusnaturalistas de los filósofos ilustrados de Europa occidental y central de la segunda mitad del siglo XVIII (...). Visto sistemáticamente, los derechos humanos marcaron por su carácter de normas absolutas y suprapositivas, por fuera del poder dispositivo del Estado (Berndt Marquardt, 2008, p. 41 y 42).

Para el autor también es claro que los derechos humanos, en términos concretos, sólo se pueden entender como expresión individualista y secular. Así, por ejemplo, la libertad de culto se entiende como expresión del programa de política religiosa de la ilustración, por oposición a la época de la fe, en donde el Estado se orientaba a la vida eterna y al más allá.

Los derechos humanos en el continente hispanoamericano evidenciaron una radicalización de la burguesía hacia la revolución inspirada en el constitucionalismo, republicanismo y democracia, dando paso a las constituciones maternas de América Latina desde las que se positivizaba la soberanía popular, la separación de poderes y se establecía un primer catálogo de

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

derechos fundamentales. Marquardt ejemplifica lo anterior con la constitución de la república boyacense de Tunja (1811), en donde el poder constituyente andino retomó la perspectiva iusnaturalista de la ilustración política, que implicaba una normatividad más allá del Estado, integrando además la perspectiva católica de Dios.

A partir de lo anterior, se podría afirmar que se pretendía tener un *dios ilustrado* y católico. Dicha constitución, disponía que “Dios ha concedido igualmente a todos los hombres ciertos derechos naturales, esenciales e imprescriptibles” (Berndt Marquardt, 2008, p. 44). Este desarrollo tan progresista para la época, fue frenado por la restauración española, que llevó a la segunda revolución hispanoamericana en nombre del derecho natural indisponible. Así, la constitución de la primera República de Colombia de 1821, “fue promulgada en “nombre [...] del autor y legislador del universo” (Berndt Marquardt, 2008, p.46) y desde ese momento, ninguna constitución hispanoamericana ha renunciado a contar con un catálogo de derechos, ni siquiera durante estados de excepción.

En la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853 se dispuso un catálogo de derechos de libertad e igualdad, aún vigente. El derecho a la libertad recogía todas las posibles formas en que ésta insidia en la vida cotidiana de los individuos, incluyendo la libertad de emborracharse, así como la libertad de contraer matrimonio y de reproducción sexual. La libertad de culto permitió integrar en la sociedad republicana laica a protestantes y judíos, excluidos y criminalizados en el régimen español (Berndt Marquardt, 2008, p. 48). Respecto a la libertad de credos, el autor menciona que el ciudadano que se derivaba de la Constitución Neogranadina era “un ciudadano laico con autonomía en asuntos religiosos” (Berndt Marquardt, 2008, p. 49).

Posteriormente, en la Constitución de 1863, la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, retoma la perspectiva idealista de los derechos humanos, con elementos como la inviolabilidad de la vida humana. También asumió la posibilidad de pensar en el ser humano como bueno por naturaleza y con capacidad de rehabilitación declarando límites a las penas privativas

de la libertad. En efecto, esta oleada de radicalismo liberal estuvo acompañada de la declaración de muchos derechos sin limitación alguna, desde su carácter iusnaturalista. Todo ello, con el propósito último de proteger al individuo de forma ilimitada del poder estatal (Berndt Marquardt, 2008). Este carácter ilimitado trató de disolverse en las constituciones del Estado federado de Cundinamarca (1867 y 1870) y posteriormente con la de 1886.

Como se deriva de lo presentado hasta el momento, el presupuesto de los derechos era el individuo, lo cual muestra cómo durante el siglo XIX los derechos fundamentales sociales, culturales y ecológicos, de segunda y tercera generación, fueron ajenos al pensamiento político de la ilustración y del liberalismo. Aunque Colombia desde 1821 pensó en minorías étnicas y señaló que la población indígena tenía los mismos derechos individuales que la ciudadanía y prohibió la esclavitud, no se asumía la necesidad de pensar en derechos colectivos, es decir, el eje siempre ha sido, incluso después de la Constitución de 1991, el individuo.

Resulta relevante complementar el análisis con algunos elementos planteados por Mejía en su reconstrucción de un estatuto epistemológico para nuestro país. Al respecto, señala que la Constitución de 1886 se inspiró en el modelo de Estado liberal, en contraste a la pretensión que trae la Constitución de 1991, de convertirse en un Estado social de derecho. La Constitución de 1886 recobró la fuerza del centralismo que tuvo sus raíces en el proceso independentista. El eje del poder quedó en el ejecutivo, evidenciando la tendencia Latinoamericana dirigida al presidencialismo, que además refleja una analogía entre la jerarquía política y la de la Iglesia Católica, en cuyas cabezas están el presidente y el sumo pontífice, y el poder emana de manera jerárquica, vertical y descendente (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011).

Por otro lado, la Constitución de 1886, concibe al Estado como confesional, al establecer que dios es fuente suprema de autoridad y que la religión oficial era la católica, considerándola elemento esencial del orden social. También, al postular la posibilidad de crear normas con el vaticano (los concordatos) y de establecer relaciones con implicaciones jurídicas, entre la potestad civil y la eclesiástica, dando paso al reconocimiento de una jurisdicción eclesiástica paralela, que se concretaba en el manejo que se daba a instituciones jurídico-religiosas como el matrimonio

canónico y a la educación básica. En igual sentido, el alcance de las libertades públicas quedaba atado a los límites de la ley, pero conforme a los criterios de la moral cristiana y del orden público (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011), no siendo posible diferenciar lo jurídico de lo moral.

Entonces la Constitución de 1886 se movía políticamente entre el pensamiento conservador y los parámetros del estado liberal (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011). Lo cual, pese a la aparente paradoja, resulta coherente con la realidad política (batallas entre liberales y conservadores), social (una élite burguesa que define el deber ser) y económica (capitalismo y posicionamiento de valores del individualismo liberal) de la época. Como señala Mejía, desde su análisis del texto *Las constituciones federales* de Valencia Villa:

aunque la constitución sea de inspiración conservadora, mantiene el estatuto de los privados (incorporado por el régimen liberal) como el elemento invariable de la estructura social, pues no podría ser de otra forma tratándose de una sociedad capitalista. (...) De manera que “todo puede modificarse salvo el eje referencial de la sociedad burguesa, el conjunto de normas que hacen posible y legítimas a la vez las relaciones jurídicas de propiedad y las relaciones económicas de apropiación” (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011, p.44).

Otra evidencia de la lucha entre la Iglesia Católica y los intentos por su separación de la vida del Estado, se hizo evidente con las múltiples enmiendas de las que fue objeto la Carta de 1886. En efecto, en gran parte de los sesenta y siete actos legislativos expedidos entre 1894 y 1986, se evidenciaba no sólo la lucha de poderes entre liberales y conservadores y el intento por balancearlos, sino una lucha entre intentos por limitar el poder de la Iglesia y en contraposición, por legitimar su statu- quo (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011).

2.1.1.3. Cuestionamiento al Estado- nación

François Chevalier en su texto *América Latina. De La Independencia A Nuestros Días*, aunque no trabaja de manera particular el caso colombiano –se centra en el caso mexicano, particularmente por su conexión con Estados Unidos -, su planteamiento permite reforzar varios de los argumentos expuestos por Marquardt, aunque esto no haya sido su intención. En efecto, lo que se podría afirmar es que Chevalier plantea argumentos que dan lugar a varias de las críticas que Marquardt realiza sobre la aproximación que los historiadores realizan sobre la historia constitucional de América Latina.

Así, Chevalier comienza por presentar al continente latinoamericano como un conglomerado de estados, que teóricamente nacieron de la soberanía popular, de la modernidad que trajo la ilustración y por supuesto de la tradición liberal, con una resuelta filiación hispánica o latina, lo que entre otras da lugar a reconocer su identidad plural. En este contexto, señala que no es posible pensar en estos países sin tener en consideración el rol de la Iglesia Católica Romana, lo cual evidencia la relación con el derecho romano, escrito, en donde el imperio de la ley se tiene como principio rector, planteamiento que se relaciona con la hipótesis del presente capítulo que se retoma para claridad del lector: *La definición de Derecho y de Estado en Colombia, que se formula desde la Constitución, ha estado (antes de 1991) y continúa estando (después de 1991) enmarcada por el derecho natural, pese a los intentos por tener un Estado predominantemente liberal y laico..*

Respecto a la Iglesia, que el autor denomina iberoamericana, resalta cómo la misma replicó el sistema español, reuniendo ideas como religión/nación e Iglesia/Estado, de forma dialógica y no como ocurrió en Francia en donde se dio paso a un catolicismo con un clero secular depurado, convertido en religión de minorías o de élites. Después de los procesos independentistas, de corte liberal, se realizaron intentos por debilitar el rol de la Iglesia, pero como se ha sugerido, la fuerza de la institución mencionada se sostuvo durante el Siglo XIX y gran parte del XX.

Por otro lado, Chevalier habla del rol que tuvo la Iglesia Católica o mejor una vertiente de ella, en los movimientos revolucionarios de los años 60 y 70, es decir, la aplicación de la Teoría de la Liberación. Ésta vertiente quiso vender una idea diferente del cristianismo, inspirado en la idea de ayudar a los pobres y a los oprimidos, que son la mayoría de los latinoamericanos, en palabras del autor (Chevalier, 2004, p. 429). En esta medida, su pretensión era ser del pueblo y para el pueblo, lo cual explica la aceptación que tuvo en su momento entre los movimientos anti-estatales y que retaban el estatus-quo.

Plantea Chevalier que América Latina evidencia, desde la realidad particular de cada país que la conforma, transformaciones endógenas, y a veces contradictorias, en lo político, en lo social y en lo económico. Ejemplo de ello, es el Estado Nación que se consolida desde la educación pública y los desarrollos de infraestructura pero que, en términos del sentimiento de nación, tiene que enfrentar la heterogeneidad, evidenciando el desdibujamiento de la nación, y siendo acreedora de la necesidad de reconocer el derecho a la diferencia y a la pluriculturalidad. También señala Chevalier que nuestra identidad ha estado influenciada por la cultura y por la visión norteamericana lo cual se hace evidente en el sistema económico que prevaleció. Pero la influencia va más allá, llevando al autor a plantear, por lo menos como cuestionamiento, si Latinoamérica se dirige hacia una cultura anglo-hispano-mestiza y a realizar un paralelo entre nosotros y la nueva Europa (Chevalier, 2004), que termina ratificando las críticas realizadas por Marquardt frente a miradas peyorativas que invisibilizan la creatividad de nuestra construcción estatal.

Teniendo en consideración los tres textos históricos estudiados es posible concluir que el desarrollo constitucional y de los derechos fundamentales en hispanoamérica, y particularmente en Colombia, evidencia esfuerzos reales por incorporar los principios y valores de la ilustración, pasando por épocas en donde el liberalismo radical se entrecruza con intentos por retomar el estatus-quo colonial. No obstante, en los textos estudiados resulta innegable la importancia que en los estados nacionales que se estaban formando y que llegarían a constituir América Latina, cobraba la constitucionalización de los derechos fundamentales. Se puede afirmar que de las

constituciones y de los catálogos de derechos se deriva un sustento filosófico arraigado al derecho natural que contrasta con esfuerzos de secularización y laicidad, amparados en el concepto de libertad e igualdad propios del republicanismo y del liberalismo, que además eran los canales para incorporar, paulatinamente a los grupos previamente excluidos – vg. positivando la libertad de credos.

Entonces, las revoluciones independentistas y el fortalecimiento del constitucionalismo Latinoamericano estuvieron profundamente arraigados en la importancia del individuo y de su autonomía, cuyo sustento se concebía en términos de valores supra-estatales que planteaban los límites al poder estatal. Y fueron precisamente los derechos fundamentales constitucionalizados y su fundamento como derechos imprescriptibles e inalienables, los que permitieron establecer que el poder del Estado no era ilimitado. Es decir, el derecho natural actúa como un elemento que permite limitar el poder estatal. Adicionalmente en el análisis presentado se hace evidente la importancia constitucional que se daba a Dios, incluso hasta afirmar que este Dios tenía la pretensión de ser entendido como un poder supremo ilustrado, el *Dios de la Ilustración* y esta ilustración que avanzaba y retrocedía, se anclaba en los derechos fundamentales que, si bien eran consagrados constitucionalmente, debían acudir a su fundamento fuera del derecho escrito.

2.2. Una mirada a nuestra cultura jurídica: reinterpretación de textos hermenéuticos

Como complemento a lo anterior, se escogieron tres textos que, desde un análisis interpretativo del derecho, brindan insumos adicionales para entender cómo es nuestra cultura jurídica y comprender por qué estamos en donde estamos y cuáles son esas transformaciones y mecanismos que nos han llevado a entendernos como somos en términos de la preponderancia del estado confesional o del estado laico. Así mismo, en términos de la ubicación que le damos a los elementos simbólicos que nos dan identidad como individuos y como nación y que nos permiten pensar en que las normas no lo son todo y que hay razones de justicia que van más allá de ellas; razones que responden a criterios supra-legales de orden iusnaturalista. Es así como, con este

análisis se quiere intentar establecer si existen y de ser así dónde se ubican, los elementos del estado confesional y del estado laico, nuevamente teniendo como lente el iusnaturalismo.

2.2.1.El embrujo jurídico

Sobre nuestra cultura jurídica y particularmente, sobre el rol del derecho más allá de las normas, Julieta Lemaitre presenta una perspectiva importante en su texto *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Lemaitre Ripoll, 2009). En el texto expone cómo la Constitución Política de 1991 surgió trayendo múltiples reformas y avances en términos democráticos e igualitarios, pero al mismo tiempo, dio lugar a un notorio incremento en todas las formas de violencia, mostrando un contraste entre el campo formal y la materialización de los derechos y libertades públicas. Como consecuencia de lo anterior, surgieron redes y organizaciones de movimientos sociales dirigidos a la movilización legal para intentar aplicar la ley. Lemaitre, al igual que otros autores, denominan *paradoja* a la diferencia entre las normas y la realidad (constitucionalización vs. violencia), y por supuesto, el caso colombiano no es una excepción, sino un caso emblemático³⁶: en donde el país se desangra y se para con la ley (Lemaitre Ripoll, 2009).

La tesis de la autora se relaciona con el rol de los movimientos sociales al usar el derecho como una herramienta real de cambio. Para llegar a este planteamiento Lemaitre trae a colación

³⁶ Sobre el tema de la paradoja se sugiere ver la bibliografía desarrollada en dos artículos elaborados previamente por la autora del presente texto, en el primero se propone que el proceso de paz y la reelección del presidente Santos son elementos que traerán como consecuencia un nuevo proceso constituyente y de democratización. En el segundo, se reta la paradoja – desarrollo en participación ciudadana vs. violencia desenfrenada - desde el movimiento estudiantil de la séptima papeleta. Los artículos son: “Colombia, entre la seguridad democrática y la paz. El proceso electoral de 2014: ¿primer paso hacia una transformación constitucional?”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Revista de Derecho Público No. 33, Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7778 (Amaya, 2014) y “Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta o *Todavía podemos salvar a Colombia*”, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho Revista de Derecho Público No. 30 Enero - Junio de 2013. ISSN 1909-7778 (Amaya, 2013).

la tesis expuesta por García Villegas, en su texto sobre la *Eficacia Simbólica del Derecho*. Señala que el autor plantea que las reformas normativas favorecen a los grupos que tienen más poder, incluso si no es la intención legal. Lo anterior porque no hay efectos instrumentales que conlleven a la aplicación de la norma; y segundo porque se crearon para perpetuar el estatus-quo de la clase dominante. La eficacia simbólica del derecho se deriva, entonces, de la forma en que estas leyes tienen como propósito calmar a los grupos desventajados, es decir, sirve para aplacar la rebeldía.

Pese a lo anterior, Lemaitre establece que con los desarrollos de la Constitución Política de 1991, así como con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los movimientos sociales, han encontrado “las posibilidades emancipadoras del derecho como instrumento de transformación social” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 27). El texto se concentra en mostrar, en casos particulares, cómo el derecho es utilizado por los movimientos sociales para crear significados sociales³⁷. Entre los que expone la autora está, precisamente, el que dio lugar a la Constitución de 1991. Lo primero que expone la autora frente a la Carta Política es que se institucionaliza como símbolo de paz, al ser consecuencia de la exacerbada violencia sufrida por el país entre 1985 y 1989. El evento más relevante fue la *Toma del Palacio de Justicia*. Posteriormente habla del movimiento estudiantil que promovió entre 1989 y 1990 la creación de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Finalmente realiza una explicación sobre el proceso constituyente, su articulación con el denominado “nuevo derecho” y la identidad que lleva a construir los simbolismos de la Carta Política.

La autora realiza una contextualización sobre la violencia en la década de los 80's que inicia con la narración de lo ocurrido en el Palacio de Justicia y la forma en que la sociedad lo asumió. Expone Lemaitre que lo ocurrido en el Palacio trajo como consecuencia una generación que perdió la inocencia y la capacidad de entender moralmente el mundo social que los rodeaba; lo cual hizo que este episodio se convirtiera en símbolo del destino nacional, destino marcado por la realidad de la guerra y la imposibilidad de la paz. También habla de la magnitud de la guerra mostrando los asesinatos que se presentaban en todas las esferas. Muchos ocurrían por parte del

³⁷ Ver la interpretación de Lemaitre sobre la categoría *espacio jurídico*, término acotado por Bordieu, conforme a lo expuesto en el texto *La fuerza del derecho*, desarrollado posteriormente.

narcotráfico, que además ejercía medios de poder terroristas. Así mismo expone como parte de esta violencia la “limpieza social”. Según la autora, estas muertes parecían compartir un ideario similar de sociedad, aquel en donde se trataba de eliminar “lo sucio”, “lo indeseable”. En pocas palabras, se fortalecieron las mafias, los grupos de autodefensa y algunas guerrillas y todos dieron lugar a estadísticas de violencia que evidenciaban una guerra de verdad.

Este fue el escenario que dio lugar a la reforma constitucional de 1991, que evidencia la fuerza revolucionaria y transformadora del derecho, dado que era una reforma simbólica de salvación nacional, *dirigida a lograr la paz y la re-consagración del país y del Estado a la legalidad liberal* (Lemaitre Ripoll, 2009); ideales que en términos de derechos responden no sólo a principios inspirados en la democracia sino en valores que iban más allá. En palabras de Lemaitre, se estaba frente a la refundación de la nación desde el derecho. En función de la hipótesis que se trabaja en el presente texto, este llamado a la reforma constitucional, tuvo una dimensión simbólica por fuera de su positivización (la dimensión del derecho natural racional-histórico, del dios ilustrado, de lo extra-normativo) y en efecto, retaba la falta de fe en la legalidad, en la legitimidad del Estado y en el derecho. Como propone la autora: “[e]s ahí donde la idea de constitución en 1989, y sobre todo en 1990, retomó el poder simbólico de la legalidad, regresando a su capacidad fundacional de ser pacto de paz, para volver a dar significado a la violencia en la vida colectiva y revelarla como inmoral” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 78).

Posteriormente, Lemaitre presenta la forma en que el movimiento estudiantil sirvió como el detonante del cambio constitucional. Al respecto vale la pena recordar su momento fundacional: *La marcha del silencio*, manifestación estudiantil y ciudadana por la muerte de Luis Carlos Galán el 18 de agosto de 1989. Por su parte y para ejemplificar la hipótesis propuesta – el Estado colombiano se construye desde presupuestos ius-naturalistas -, cobra importancia que al final de la marcha, en frente al cementerio central, retumbaban los pasos, se blandían pañuelos blancos y se cantaba el himno nacional y la canción *Sólo le pido a Dios*, entendida esta última por Lemaitre, como el himno extraoficial del pacifismo en Colombia y en la presente investigación, como un voto frente a la fuerza del derecho natural racional-histórico y del *dios ilustrado*.

Más adelante se presentó el *Plebiscito para el plebiscito*, y luego, el manifiesto cuyo encabezado decía: “*Todavía podemos salvar a Colombia*”, que dio paso a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Así, se puede afirmar que el movimiento estudiantil fue una manifestación de la protesta social democrática, que no se rebeló contra el Estado sino que quería apoyarlo a partir de la construcción de ciudadanía y de actuaciones contra la violencia y contra el estatus -quo, que se derivaba normativamente, de la Constitución de 1886, dando nacimiento a la Carta de 1991 que tiene como trasfondo una propuesta de modernidad del estado colombiano y de cambio de paradigmas (Amaya, 2013).

En este sentido expone Lemaitre que: “[s]i bien ha habido muchas ocasiones en la historia reciente en la que las cortes y las normas han salido a la defensa del humanismo, es la Constitución de 1991 la que marcó el punto de quiebre para la defensa de los derechos” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 118) y lo más importante es lo que ha significado en términos de la cultura política. Es precisamente en el significado que a veces no se puede expresar con palabras, en donde subyacen los principios extra-legales o que superan la legalidad que hacen parte del imaginario que rodea la Carta Constitucional. Lemaitre señala que “[e]sta fe en la Constitución se funda en un postulado imposible de probar: que, sin la Constitución del 91, todo hubiera sido peor. (...) Este “creer en la Constitución de 1991” tiene mucho de deseo por una ley profundamente moral que le dé sentido personal a la vida colectiva (...)” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 119 Y 120). En igual sentido y en sintonía con la hipótesis que se pretende sostener en el presente texto, Lemaitre cita la posición de la Corte Suprema de Justicia frente a la constitucionalidad del Decreto 1926 que llamaba a elecciones el 9 de diciembre de 1990 para la convocatoria de la ANC:

El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico, no es un simple conjunto de normas, su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para una comunidad... uno de esos valores es la paz (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 131).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Es tal la fuerza simbólica que le da la autora a la Carta Política que se refiere a ella con frases como “la varita mágica”, expresión usada por la revista *Semana*, evidenciando que la misma es equiparable al pacto social, al Leviatán, al inicio del fin de la violencia. En efecto, expone Lemaitre que la Constitución, no se limitaba a entender la violencia en términos físicos, sino que iba hasta su comprensión como manifestación de la exclusión política de las minorías.

En esta medida, la paz que encarnaba la Constitución de 1991 era el pacto de inclusión de las guerrillas, particularmente del M-19 y en su contenido llegó más lejos, pues significó la inclusión del pluralismo, de la tolerancia y de grupos concretos como los indígenas. La visión política de la Constitución así concebida estaba “basada en el respeto por lo humano, y en defensa de las libertades burguesas” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 126), es decir aquellas asociadas al individuo, pero cuyo fundamento va más allá del derecho escrito. Así, el Estado que se formaba “[n]o era, ni podría ser, un Estado partidista, ni afiliado a religión alguna, ni un estado paternal ni personal ni mucho menos clientelista, ni un estado en guerra interna. Era en cambio el Estado liberal por excelencia, imaginado como neutro y, por tanto, legalista” (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 127) y con la palabra social, recogía sus aspiraciones, siendo entonces símbolo de un estado más justo con un espacio para todos.

De todo lo anterior surge para Lemaitre la siguiente pregunta: ¿será que hemos querido tanto la Constitución de 1991 porque es nuestro objeto de deseo y devoción, nuestro fetiche? Desde la posición propuesta en este texto, se considera que la respuesta es sí, y lo es en la medida en que la misma inspira desde el derecho y más allá del derecho las ideas de un deber ser de carácter supra legal, iusnaturalista, que ha motivado la aspiración del Estado colombiano después de 1991, es decir, la aspiración de justicia material y de inclusión e igualdad para todos. Para Lemaitre el fetichismo entendido como apego irracional, mitológico y religioso, en el caso colombiano, constituye una emoción ligada a los significados políticos y culturales que invoca la ley.

En este contexto, la reforma legal y constitucional que da paso a la Constitución de 1991, conforme a lo establecido por la autora objeto de análisis, está enmarcada en la idea de la dignidad humana. Desde el punto de vista de la presente investigación, la dignidad humana debe mucho al derecho natural, sobre todo al de las corrientes racionalista e histórica, del que hereda la idea de que todo individuo tiene un valor intrínseco como ser humano y esta premisa se convierte en el emblema de la religión secular, que constituye el fundamento de las relaciones sociales de la democracia liberal y el fundamento moral del derecho (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 390). Esta pretensión inspirada en la dignidad humana es sobre todo una aspiración política, una fantasía que evidencia la fuerza transformadora del derecho.

Entonces, en el marco de la hipótesis y del trabajo de Lemaitre, es posible asumir que el marco de derechos que surge de la Constitución de 1991, así como la forma en que la normatividad y el derecho encarnaron simbólica y regulatoriamente la oposición contra la violencia generalizada que acompañó la realidad nacional durante la década de los 80, se ubican, en términos políticos y normativos en elementos supraestatales, equiparables a aquellos que se derivan de diferentes corrientes iusnaturalistas. De forma particular se considera que una Carta Política como la que se creó en 1991 está inspirada en la justicia, en el imperio de la razón sobre la violencia, en los derechos sobre la ilegalidad; en los valores propios de la ilustración retomados históricamente por Marquardt y en los del liberalismo democrático, que, a su vez, dan cuenta del poder más allá de la norma misma.

Otra forma de entender lo anterior y para efectos de la presente investigación consiste en asumir que la Carta de 1991, en un esfuerzo de rebeldía contra la confesionalidad y el derecho natural teológico, explícitos en la Constitución de 1886, retó dicha confesionalidad sustentada en el poder supremo del dios de la Iglesia Católica. Así, la Constitución de 1991 es el resultado de un diálogo proveniente de una comunidad política y académica diversa y plural, investida por una fuerza aspiracional de transformación normativa que estaba encaminada a garantizar los derechos fundamentales de cada persona.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Al retar la confesionalidad, la Carta dio un salto hacia la positivización de los derechos y hacia una aparente debilitación del poder del dios confesional, transformándolo en el poder de los derechos, creando así una nueva fuerza de creencias – con valores y principios - y en un nuevo dios, que puede ser asumido desde el iusnaturalismo racional-histórico, *el dios ilustrado*, que al estar en la Carta³⁸ se presenta neutralizado por la libertad de credos y por la aplicación del procedimiento normativo propio de la perspectiva positivista y así, la Constitución resulta ser el blindaje para que, cuando se hable desde el derecho natural, no se hable en el nombre del dios católico sino del dios racional e histórico que contiene el discurso de derechos de nuestra *norma de normas* y que encubre el iusnaturalismo y evidencia la paradoja del positivismo, que nos deja con que la ley es la única fuente real de derecho.

Pese a lo anterior y en aras de la honestidad académica, es importante señalar los límites que la interpretación del texto de Lemaitre tendría para efectos de la hipótesis planteada en el presente texto. En efecto, la aspiración de la autora estudiada, en su explicación, tiene como punto de partida una mirada progresista y profundamente igualitaria frente a los derechos y frente a la inclusión de grupos históricamente discriminados. Esta mirada aspiracional, si bien puede interpretarse desde un punto de vista iusnaturalista, también debe interpretarse desde un punto de vista social y democrático que implica que el que se ha denominado *dios ilustrado* está inmerso en una cultura donde predomina una mirada de reconocimiento a los diferentes grupos sociales, donde impera la igualdad de credos y donde no sería posible pensar en una sociedad basada en valores confesionales ni católicos. Es decir, a partir del texto de Lemaitre se pueden inferir los presupuestos del iusnaturalismo, pero tendría que asumirse la secularidad de un estado que, con la nueva Carta Política, pretende retar el *status-quo* planteado por la Carta de 1886.

³⁸ La Constitución entendida en los términos de Lemaitre, es decir como esa varita mágica con gran poder transformador y con vocación de neutralidad por la definición de derecho que otorga al positivismo jurídico el poder para determinar qué es derecho.

Para terminar, no es posible dejar de lado que si se asume el embrujo y el poder del derecho como fuerza transformadora, *el dios ilustrado*, ese que habla de los derechos, termina siendo fundamental para darle legitimidad y permitir positivizar lo sagrado y así desacralizarlo y llevarlo al mundo de las normas jurídicas que, por lo menos, en términos prácticos parecería más cercano que el de una moral o religión particulares, pues lo irracional se vuelve racional y la normatividad actúa como fuerza de la razón. Así, el hecho de que el *dios ilustrado*, por oposición al dios católico, y al de cualquier otra religión, quiera prevalecer y logre positivarse no hace que la constitución sea laica, sólo evidencia que los derechos, principios y valores propios de la ilustración y de la democracia deben ser rescatados, aplicados, garantizados por la Carta Política.

2.2.2. Lo impuro de nuestra cultura jurídica

En el texto de Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho*, el autor realiza una revisión de las diferentes escuelas hermenéuticas para entender cómo las hemos traducido en nuestra propia cultura jurídica y a partir de esta interpretación construir una propuesta ius-filosófica que responda a nuestra propia cultura local (Colombia en particular y Latinoamérica como meta-contexto). Su preocupación principal se relaciona con las diferentes formas de interpretar el derecho y de concebir la teoría o la filosofía jurídica, términos que asocia a diferencia de lo que hace Mejía, quien pretende diferenciarlos tajantemente. Así, plantea que el trasplante de teoría, no se da en el vacío, haciendo referencia a lo que ocurrió en Latinoamérica con una generación de constituciones políticas que afirman su poder normativo directo, por encima del principio clásico que viene de Francia y que apela a la soberanía legislativa (López Medina, 2004, p. 3).

Plantea entonces el autor que debido a lo anterior y a la textura abierta de las normas constitucionales, ahora, la interpretación judicial debe comenzar a complementar el sentido de las disposiciones generales; evidenciando con ello la insuficiencia del derecho positivo desde la versión kelseniana. En este contexto, plantea López, que las nuevas aproximaciones de teoría política y moral buscan la alineación de todo el derecho, lo que implica ir a unos principios y dirigirse hacia una interpretación finalista, sobre el espíritu de las normas, que permitiera posteriormente positivarlos. Esta positivización toma la forma de derechos fundamentales, que como se ha

sugerido tienen fundamentos en elementos que quedan por fuera del derecho positivo y que permiten llevar a quien interpreta el derecho hacia el derecho natural. Todo esto desde una tendencia anti-formalista pero enfrentando los retos que se derivaban de hablar del derecho local con el riesgo de ser marginalizado como poco racional o como confesional³⁹.

En este contexto y pese a que ya se ha mencionado la forma en que se entienden derecho positivo y derecho natural, resulta relevante traer nuevamente a colación a Carlos Santiago Nino y señalar que el derecho positivo al que se hace referencia a lo largo del texto, no asume el reto teórico de justificar el escepticismo ético y que, cuando se habla de derecho natural, se tiene clara la distinción entre iusnaturalismo teológico, racionalista e historicista. Por lo anterior, se presenta una definición para cada término, que se espera muestre que el iusnaturalismo teológico no se pretende justificar y que la tesis doctoral acoge el iusnaturalismo racional-histórico, como se decidió denominar en la presente investigación.

El iusnaturalista teológico encuentra en Santo Tomás de Aquino a su mayor representante, y asume que el derecho natural es la parte, asequible a la razón humana, del orden eterno del universo originado en Dios. Este Dios para autores como Santo Tomás, era necesariamente confesional. En consecuencia, ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria sino es coherente con sus principios. Por su parte, el iusnaturalismo racionalista, asume que el derecho natural no deriva de los mandatos de dios sino de la naturaleza o de la estructura de la razón humana, es decir, la razón reemplaza al dios confesional, propio del iusnaturalismo teleológico, por un mandato racional, que en la presente investigación se ha denominado *Dios ilustrado* y que es el que permite positivizar los derechos que no son otra cosa que valores y principios que se consideran relevantes

³⁹ Entre los intelectuales del derecho, en la academia, existe un juicio de valor negativo dirigido a cuestionar todo aquello que se fundamente en el derecho natural, mucho más si las justificaciones provienen de fuentes religiosas; salvo que estemos frente a expresiones artísticas y como el derecho quiere ser una disciplina dura, esto último no sería posible. Esto tiene sentido, sobre todo al pensar en razones que puedan llegar a ser universalizables y aplicables a todos, en igualdad de condiciones. Razones que provienen de ordenes particulares le restan poder jurídico a cualquier sistema normativo; aquí radica la importancia del *dios ilustrado*, como ente que le resta fuerza a un poder religioso particular y que permite incluir principios, valores y derechos con fundamentos supra-normativos.

para posibilitar la convivencia y el desarrollo de los individuos. Desde esta perspectiva, se asume que, a partir del uso de la razón, se pueden derivar los principios del derecho y por supuesto, estos principios pueden adquirir la forma de derechos humanos.

Por su parte, el iusnaturalismo historicista parte de la posibilidad de inferir normas universalmente válidas, a partir del desarrollo de la historia humana. Es decir, desde esta vertiente se asume que los principios y valores son consecuencia del “progreso histórico”. Un ejemplo claro sería el discurso de los derechos humanos, consecuencia de la Revolución Francesa y su desarrollo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, que indica históricamente, que hay ciertas prácticas que no deberían ocurrir bajo ninguna circunstancia, conforme lo evidencian los hechos acaecidos. Desde esta perspectiva “lo que debiera ser se infiere de lo que es o será”. Como se deriva de lo anterior, el discurso de derechos humanos puede ser aplicable desde una perspectiva iusnaturalista racionalista o historicista. Desde cualquiera de las dos, el dios que no se denominará de esa forma permite asumir que el derecho está permeado por valores y principios que no se pueden desconocer por la razón o por la historia (iusnaturalismo racional-histórico), respectivamente. En los párrafos anteriores, se reiteran las razones, por las que en la presente investigación se decidió hablar de iusnaturalismo racional-histórico, reuniendo las características que permiten que el *dios ilustrado* aparezca y esté anclado a nuestra Constitución.

Sobre el positivismo, además de la división conceptual que se mostrará a continuación, resulta relevante tener claro que el derecho se separa de la moral, en la determinación de aquello que se considera como derecho, una vez la norma pasa los filtros para ser considerada como tal, el positivismo no valora la calidad moral de dichas normas; aunque tampoco estaría buscando neutralizar moralmente las disposiciones normativas. En relación con la división propuesta por Nino, desde la que se diferencia positivismo ideológico del metodológico o conceptual. Se entiende que el primero parte de la necesidad de que los jueces asuman una posición moralmente neutra para decidir y que fallen conforme al derecho vigente. Este sería el principio moral que los debería guiar. Esta concepción está presente en nuestro derecho constitucional en la medida en que la única fuente de derecho que realmente existe es la ley positiva, siendo pues una tautología jurídica señalar que hay fuentes auxiliares, pues su fundamento no es otro que la ley misma. Este punto

se desarrollará en el acápite relacionado con la *adjudicación constitucional y desarrollo jurisprudencial*.

Con respecto al positivismo metodológico o conceptual, es importante aclarar que esta perspectiva acoge la tesis del iusnaturalismo que asume que hay principios de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. Se asume que aquello que es derecho se puede entender a partir del lenguaje prescriptivo usado y que por ello, puede desvincularse de su concepción valorativa (Nino, 1983, p. 28 y sigtes). Finalmente, para entender la diferencia entre iusnaturalismo y positivismo, los rasgos que hacen parte del sistema se mencionaron previamente en esta investigación y se pueden retomar para tenerlos claros en el acápite titulado: *Definición del debate y reconstrucción conceptual*.

Al retomar lo planteado por el Diego López, éste señala que para entender los procesos de trasplante teórico que se presenta en nuestro sistema jurídico es importante entender dos conceptos: el primero, sitio de recepción, que habla de una formación social en las teorías que mutan, es decir el lugar en donde se adaptan las normas; el segundo, sitios de producción, que se relaciona con otro de los conceptos propuestos por López, el de Teoría Transnacional del derecho. Este último concepto hace referencia a la ius- teoría producida en un espacio y que tiene influencia o domina en los países periféricos o semi-periféricos. Con este andamiaje se produce el trasplante teórico.

Así, la idea central del autor, a lo largo del texto es evidenciar que el diagnóstico que asume que nuestro derecho es construido a partir de las tradiciones occidentales, provenientes de Francia, Alemania, Estados Unidos, y luego de países intermedios como México y Argentina, es cierta, aunque simplista. Es decir, que, aunque no hay que negar lo obvio, es decir que la cultura local es consecuencia de procesos miméticos, también es importante establecer que nuestro propio derecho es un espacio de producción con identidad. En sus palabras, “No se trata, pues, ni de mera copia ni de pura originalidad” (López Medina, 2004, p.34) y con esto en mente se tiene

que, en los sitios de recepción ius-filosófica hay transmutaciones y tergiversaciones de las ideas de los sitios de producción, dando lugar no a errores sino a la construcción de una cultura jurídica propia.

Al asumir entonces el reto teórico del autor, es preciso señalar que no es posible decir simplemente que por tener códigos, nuestro país y Latinoamérica, se han limitado a copiar el Kelsen y al positivismo en sus respectivas traducciones nacionales, es preciso por el contrario entender que el cambio cultural termina dependiendo del cambio legal⁴⁰ y que, la creación de nuevos textos como la Constitución Política de 1991, con su amplio listado de derechos fundamentales, su poder constitucional encarnado en la Corte Constitucional y la producción normativa que se ha derivado de sus actuaciones, no puede ser leída únicamente desde una pretensión normativa sin ingredientes morales ni políticos. Entonces, como señala López, el cambio ius-teórico, parece ser la respuesta a necesidades y fuerzas culturales profundas y no sólo a cambios constitucionales formales, dando lugar a entender que la ius-teoría

(...) contrario a lo que piensa el positivismo, es un conjunto de ideas que incluye formas de argumentación, fines políticos, actitudes morales, percepciones generacionales, prácticas educacionales, etc., usualmente estructurados a través de una lenta construcción cultural y en cercano contacto con los desarrollos culturales más notorios que se dan en otras jurisdicciones (López Medina, 2004, p.406).

En consecuencia, el positivismo local no se limita a las normas codificadas, sino que contiene un lenguaje cargado de principios y reglas sustantivas de derecho, reglas que contienen elementos ius-teóricos y un meta-lenguaje jurídico, que permite afirmar, como se pretende con el presente texto, que la definición de nuestro derecho está permeada por elementos del derecho natural. Así, una versión impura del mismo que nos lleva a replantear nuestra propia cultura jurídica, como lo propone López y que implica que ni la laicidad ni los procesos positivistas, pueden ser asumidos sin tener en cuenta quiénes somos como cultura y esto implica entender que la

⁴⁰ Bordieu y Habermas dirían que los dos procesos se determinan recíprocamente.

Iglesia Católica y sus luchas con los poderes liberales, han dado lugar a una identidad propia que se sigue debatiendo entre la necesidad de encontrar a dios o una fuerza superior que justifique nuestras actuaciones (sobre todo en el actuar jurídico) y unas pretensiones laicas (sobre todo en los desarrollos sobre derechos desde movimientos sociales y desde las decisiones judiciales), que hacen que podamos pensarlos como un estado pluri-cultural, cimentado en apreciaciones propias del derecho natural.

2.2.3.El derecho como cura: la eficacia simbólica

En el texto de Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología Política del Campo Jurídico en América latina*, el autor desarrolla la categoría conceptual que se deriva del título, a partir, entre otros, del planteamiento de Bordieu y particularmente de su postulado sobre la realidad social. Señala el autor que la incidencia social del derecho puede provenir tanto de la capacidad reguladora o impositiva de los contenidos jurídicos, como de la capacidad de los símbolos que evoca cuando publica; las dos capacidades se expresan con el lenguaje y esta segunda hace referencia a la eficacia simbólica. Como el derecho transforma, la transformación de la realidad puede ocurrir a través de instrumentos prácticos dirigidos a la acción o por medio de la producción de significado - símbolos dirigidos a la representación - (García Villegas, 2014, p.91). Así, propone García que la eficacia simbólica sirve para entender la perspectiva política del derecho y que los escenarios por excelencia para que prospere la eficacia simbólica son todos aquellos en donde existe una gran brecha entre lo que dice la norma y lo que ocurre, como es el caso, según el autor, de Latinoamérica.

La tesis del García es que Latinoamérica es un escenario en el que prima el incumplimiento de normas⁴¹. Señala, por ejemplo, que pese al proceso de independencia del que se derivó un cambio en las palabras relacionadas con el poder, los símbolos y las normas, no se modificó la imposibilidad de las normas para permear el tejido social. En efecto, la brecha entre un estatus-

⁴¹ Esta tesis la sostiene García Villegas en otros de sus textos, entre ellos en *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas* (M. García Villegas, 2009).

quo lleno de privilegios y jerarquías sociales y un universo inspirado en derechos y principios universales era y continúa siendo inmensa (García Villegas, 2014). Para el autor, la realidad Latinoamericana a la luz del estado de derecho no alcanza a cubrir el predominio que se da a la primacía de la ley, sino que la primacía sigue estando en la moral y en la costumbre. En esta medida, es posible establecer, para la tesis del presente texto, que esta ausencia de sintonía permite tener un escenario como el colombiano en donde las normas en términos de derechos y de aspiraciones políticas es o mejor puede ser completamente o por lo menos parcialmente opuesta a lo que ocurre en la práctica; es decir, un espacio jurídico en donde el deber ser y el ser están completamente desarticulados.

En este sentido, es posible que la Constitución Política y sus desarrollos por parte de la Corte Constitucional hablen o pretendan separarse de Dios o que envistan a la divinidad de las libertades ilustradas, pero la práctica social, el mundo de la cultura y de los símbolos, está imbuido en el ámbito de la moral y aunque sea difícil de admitir, la que sigue primando es aquella asociada a la religión católica, pues para bien o para mal, sus principios y valores generales resultan compatibles con aquellos que se presentan en la Carta y con los discursos generales sobre derechos. Por supuesto en temas como diversidad sexual, matrimonio igualitario y adopción por parte de parejas homosexuales, la brecha se acrecienta y los discursos políticos sobre laicidad salen a la luz.

La representación de esta moralidad contrasta con el mundo jurídico, pudiendo tener escenarios, permitámonos decir esquizofrénicos, en donde se lucha por la igualdad de las parejas homosexuales, se decide a su favor, pero a medias, porque no se les quería permitir unirse a través de la codificada institución del matrimonio civil por considerarla una institución de índole religiosa, hasta que la Corte Constitucional interviene señalando que no es posible decir que se tienen los mismos derechos si hay uniones de diferentes tipos y estatus, evidenciando con esta decisión el poder del *dios ilustrado* que a través de los guardianes de la Carta, logra dar freno al sentir popular, en la medida en que la institución matrimonial, en nuestro país continúa teniendo efectos civiles y una visión con mayor estatus que cualquier otro tipo de unión; esta es la dualidad de nuestra cultura político-jurídica: las normas protegen y el sentir popular quiere imponerse sobre ellas, que expone ampliamente el autor.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Es importante aclarar que, para García Villegas, los puntos de unión entre la moral y el derecho no necesariamente son negativos, apreciación que comparte la autora del presente texto y que sugiere, aunque en otro sentido, Marquardt cuando habla de la dimensión progresista y del rol activo y constructivo de América Latina en el desarrollo del constitucionalismo moderno y en la concepción de los derechos fundamentales. De hecho, esta interpretación termina siendo una invitación para entender el estado moderno en nuestros propios términos y para efectos de la tesis que nos compete, en términos de los símbolos que se derivan de las libertades ilustradas pero fundamentadas en la divinidad, en una autoridad superior, propia del derecho natural, pero recreada en función de nuestra propia identidad y su sincretismo entre la libertad religiosa y un estatus quo fuertemente arraigado a la religión católica. Así el derecho y el estado entendidos como escenarios simbólicos deben ser releídos y asumidos de otra forma, tal como se deriva de lo propuesto por García Villegas. Lo cual evidencia en palabras del autor que el derecho es poroso y que sus límites con el no derecho, con lo social y sobre todo con lo político son más difusos y se encuentran profundamente entremezclados.

Así mismo, señala el autor que la eficacia simbólica presenta problemas en términos de los usos políticos que se derivan de ella y de los impactos que tiene en términos de la democracia. En las luchas políticas y democráticas, se asume que gana quien es dominante, pero desde la propuesta de García, el autor expone que en el campo de los derechos hay muchos ejemplos que muestran que también han ganado los grupos desventajados. La pregunta que surge desde el presente texto para García consiste en pensar si realmente se gana la lucha como desventajado o si por el contrario, éste desventajado gana el juego cuando termina por detentar la posición de poder por la que luchó, lo cual simplemente le cambia el rol de *desventajado a aventajado*.

En consecuencia, se considera que en el juego dialógico propuesto por Hegel y posteriormente por Schmitt de amigo- enemigo, amo-esclavo, sometedor-sometido, termina detentando la posición superior quien gana y este ganador simplemente será quien recibe el nombre de amigo, amo o sometedor - como dice el proverbio popular, la historia la escriben y la

dicen quienes ganan⁴² - y en este sentido, es precisamente la eficacia simbólica la que da la posibilidad de re-leer la historia y de modificar los roles, que al igual que el derecho y la política son porosos, variables, móviles y dinámicos. Ello, pues los significados se construyen con símbolos y con lenguaje, elementos también dinámicos y cambiantes. Siguiendo al autor teóricamente, pero siendo escéptica frente a la aplicación de su análisis en los casos propuestos (matrimonio y adopción igualitarios), se puede establecer: “Que el balance de esa lucha termine siendo favorable a los poderosos o a los subordinados, es, en todo caso, algo que depende del contexto espacial y temporal en el cual se hace ese balance” (García Villegas, 2014, p.231).

Por otro lado, vale la pena traer a colación otra de las ideas esenciales del texto de García Villegas, al plantear una estrecha relación entre derecho y política. Así, desde su planteamiento se asume que el derecho es un lenguaje polisémico sobre todo por su conexión con el lenguaje político⁴³. Y con el derecho y su expresión lingüística se hacen cosas fundamentales para la vida social, como determinar los principios, los derechos y los valores y con el decir del derecho y su capacidad vinculante, las normas construyen la realidad social; se crea un sistema entre la confianza de los ciudadanos y la capacidad que tienen de construir su imagen de la justicia, la igualdad y los valores supremos de la convivencia pacífica; siguiendo a Durkheim conforme a lo propuesto por García Villegas. Esto, sin embargo, también evidencia cómo en nuestra cultura somos intolerantes con los símbolos que evidencian injusticias e indolentes con los hechos que las expresan.

De igual forma, el texto analizado permite entender que el derecho es una herramienta que brinda confianza a los ciudadanos y, como plantea García Villegas, si lo vemos más allá de la regulación normativa y de la brecha que hay entre teoría y práctica, esta herramienta constituye una estrategia idónea de lucha social. Así, la posibilidad de construir la realidad del derecho y del estado, que es evidentemente política, desde el escenario que brinda la eficacia simbólica, sirve

⁴² Una canción de rock argentino dice: “Si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia: la verdadera historia, quien quiera oír que oiga” (Litto Nebia en: <http://www.rock.com.ar/letras/15/15822.shtml>, consultado el 23 de marzo de 2016).

⁴³ Es importante destacar que García Villegas habla del arte de la retórica como el arte de la manipulación, en la medida en que las palabras se pueden manipular y darle sentido frente a la percepción de la gente de poder. Las palabras pueden ir por un lado y los hechos por otro. Así mismo se mueve la eficacia simbólica desde el derecho y la política.

como una especie de medicina, de cura para la brecha que existe entre el ser y el deber ser y este mundo del deber ser, que está conformado por la moralidad y las costumbres, es un mundo en donde el derecho positivo interactúa con el derecho natural, pues son dos mundos que se requieren recíprocamente.

2.3. El derecho y su devenir entre la moral y el positivismo

Ahora bien, en el siguiente apartado se quiere entender qué es el derecho, cuáles son sus límites y su potencialidad teórica, para entender cómo ha sido su relación con la moral y por supuesto con el positivismo y con el derecho natural. Adicionalmente, estos textos fueron importantes en la determinación del estado del arte y del marco teórico. Con ellos, se quiso construir una ruta analítica dirigida a establecer dónde se encuentran filosófica y teóricamente los rastros del estado confesional y del estado laico, en términos filosóficos y políticos, todo ello teniendo como marco de referencia el derecho natural.

2.3.1. La pureza del derecho

Un texto clásico para entender qué es el derecho, es la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. En los párrafos que siguen se quiere exponer la diferenciación del autor entre el mundo del derecho y el de la moral. Pese a esta precisión, vale la pena señalar en términos generales los propósitos del texto: *La Teoría Pura del Derecho* es sobre el rol del derecho positivo, que pretende sacar del conocimiento jurídico, todos aquellos elementos externos al mismo. Kelsen señala que la norma cobra su significado jurídico cuando en su contenido se refiere al derecho mismo. En este sentido, el derecho se entiende como una disciplina auto-contenida, un sistema de normas que ordena el comportamiento humano y la norma es la que ordena o prohíbe (regulación positiva o negativa) un comportamiento. Las normas, que pueden ser creadas por el legislador o por la costumbre, tienen dos características: validez y eficacia. La validez garantiza la existencia de la norma y la eficacia nos muestra su aplicación fáctica. La norma de todas formas requiere un

mínimo de efectividad que permita evaluar su validez. Entonces, la legitimidad del sistema jurídico se relaciona con la efectividad y esta es la que le proporciona límites⁴⁴.

Por su parte, la norma es susceptible de ser analizada a partir de juicios de valor que no son equiparables a la norma misma. En este contexto, moral y derecho se consideran como órdenes normativos de naturaleza diferente. De esta forma Kelsen, al diferenciar entre normas jurídicas y morales, nos proporciona un marco analítico en el que el debate entre ética y derecho se hace claro. Al respecto señala que “[e]n tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida entre justicia y derecho” (Kelsen, 2009, pp. 71-72). Con esta separación, se pretende diferenciar los dos ámbitos y la línea divisoria se puede establecer al intentar entender dónde está la justicia. Esta posición la desarrolla Kelsen en el texto *¿Quién es el guardián de la Constitución?* que se presenta posteriormente y en el que el autor señala que la justificación para constituir un *tribunal constitucional* independiente que decida sobre la constitucionalidad de las normas, es la necesidad de limitar el poder del estado de posibles arbitrariedades, lo cual, para él es una cuestión de justicia, que es diferente al derecho como orden regulador.

Kelsen también establece que hay conductas que pueden relacionarse con obligaciones morales y jurídicas y con normas de los dos órdenes. Pese a ello, la diferencia entre el derecho y la moral no se encuentra fácilmente en términos de la regulación externa o interna que, supuestamente, se deriva de cada una de ellas. En igual sentido, la diferenciación tampoco se encuentra en relación con la forma de producción de las normas ni en relación a su uso. Ello, porque las normas jurídicas y las morales pueden ser producidas por la costumbre o por su incorporación consciente en cada uno de los ordenamientos –vg. el contrato como ley entre las partes en el derecho civil o el amor a dios sobre todas las cosas en los mandamientos de la religión

⁴⁴ Kelsen establece que: “La norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales” (Kelsen, 1995, p. 219).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

católica -⁴⁵. Entonces, el derecho y la moral son universos que comparten varias características, como la generación de obligaciones, el procedimiento que da origen a las normas, pero también son ámbitos que, para Kelsen, requieren ser diferenciados.

Por otro lado, no es posible hablar de Kelsen sin referirse al concepto de validez del orden normativo y a su asociación con la norma fundante básica. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma (Kelsen, 1995, p. 201), que es la norma superior. Así, todas las normas cuya validez se remita a una norma superior fundante, hacen parte del mismo orden normativo, garantizando la unidad de la multiplicidad de normas. Por su parte, la validez de la norma para Kelsen, no vale por su contenido, sino por haber sido producida de una manera determinada que se establece en la norma fundante, que a su vez responde a un procedimiento previamente establecido. Para el autor, cualquier contenido puede ser derecho de forma independiente a los juicios de valor que el contenido pueda generar. En consecuencia, con la presuposición de la norma fundante básica no habría ningún valor que trascendiera al derecho positivo, pero queda la duda del fundamento mismo de la norma básica que en todo caso tiene que ser extra-normativo, así provenga de dios, del pueblo o de la voluntad popular, mayoritaria legitimada democráticamente.

Ahora bien, el autor encuentra la diferenciación entre derecho y moral en el tipo (forma) de prescripciones que el derecho y la moral producen, de hecho, tanto el derecho como la moral obligan o prohíben. El derecho es un orden coactivo que quiere producir una conducta vinculante, que al incumplir el mandato produce una sanción o es exigible para quien la deja de hacer. Por su parte, la moral es un orden social que no sanciona coactivamente⁴⁶, es decir, que no responde con

⁴⁵ En palabras de Kelsen la moral y el derecho son positivas, "y para un ética científica sólo entra en consideración una moral positiva, así como sólo es relevante, para una doctrina jurídica científica, un derecho positivo" (Kelsen, 1995).

⁴⁶ Para Kelsen la coactividad que se deriva del sentido normativo del derecho se caracteriza por producir una amenaza que señala que, bajo ciertas condiciones, deben infligirse ciertos males (vg. privación de la libertad o de bienes económicos), por el perjuicio social que causan y esta amenaza es reconocida como acto creador de derecho (Kelsen, 1995).

una sanción exigible frente a condiciones de acción o de omisión que causan un perjuicio social y que pueden ser impuestas al individuo, sino que simplemente se limita a la aprobación o desaprobación de la conducta de acuerdo a la norma moral existente (Kelsen, 2009). Así:

[l]a exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia (Kelsen, 2009, p. 79)⁴⁷.

A pesar de esta división, Kelsen no excluye la posibilidad de que un determinado sistema positivo corresponda a un sistema moral particular o que las normas morales sean contrarias al sistema jurídico positivo vigente. En efecto, el autor considera que el derecho puede subordinarse al concepto de bien, aunque no necesariamente. Así, “[p]uesto que el concepto del “bien” no puede ser determinado sino como “lo debido”, lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es [o debería ser] bueno”⁴⁸ (Kelsen, 2009, p. 79). Con esta inferencia es posible preguntarse si realmente el derecho natural y el derecho positivo son tan distantes⁴⁹. En efecto, resulta viable afirmar que desde el derecho natural, por supuesto el de corte racional e histórico, esta relación causal de norma conforme a lo bueno constituye un parámetro para la validez del sistema jurídico.

De lo anterior se deriva una paradoja, que en términos de la lógica formal sería una petición de principio – Vg. *la ley es la ley* -, que indica que el derecho es bueno, gracias a su carácter normativo: el derecho es bueno por ser derecho y por ser derecho es bueno. En este escenario, aunque se acepta la relación entre derecho y moral, entendida esta última como justicia, se anula

⁴⁷ Y surge la pregunta sobre si esa moral de morales, no es propia de la justificación ius-naturalista y para el propósito de nuestro texto, no es simplemente una forma de esconder al dios ilustrado o a otros dioses, dependiendo de la moral de morales que dará contexto a un sistema jurídico particular.

⁴⁸ Kelsen realiza este análisis desde una perspectiva relativista de los valores, es decir, desde una en que los valores no son absolutos ni universales sino contextualmente exigibles.

⁴⁹ Kelsen señala que incluso la razón puede estar asociada al derecho natural en la medida en que la misma puede diferenciarse de la voluntad humana (Hans Kelsen, 1979, p.19).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

la posibilidad de cuestionar las normas jurídicas positivas como inmorales o como injustas, evidenciando la necesidad de romper la relación entre derecho y moral-justicia desde la perspectiva de Kelsen, ya que la última se subsume y se incorpora al derecho, sin discusión, sin posibilidad de debate.

En otras palabras, si es derecho es bueno y esto ya no es cuestionable. Nuevamente, al hablar de un tribunal independiente como guardián de la Constitución, Kelsen evidencia que el derecho si está sujeto a cierto cuestionamiento, aquel que da la posibilidad de salvaguardar la norma fundamental, dado que es posible encontrar leyes contrarias al espíritu de la Constitución, lo que en esencia permite valorar el derecho positivo con su premisa de ser bueno por ser derecho. Adicionalmente, desde la perspectiva de Kelsen, los derechos naturales no serían otra cosa que un vestigio del derecho natural, pero con su petición de principio y su llamado a la justicia y al tribunal constitucional, estos se requieren para lograr que el derecho sea derecho y sea bueno, pues son el espíritu de la constitución. El tribunal constitucional, el guardián de la constitución es el que tendría la responsabilidad de argumentar sobre la justicia de las normas y sobre su carácter positivo, sería el que tendría que justificar lo que, de hecho y positivamente, ya está justificado, para darle legitimidad.

En efecto, en la *Teoría Pura del Derecho* Kelsen realiza también un análisis sobre el alcance de la interpretación jurídica y vale la pena aclarar que, incluso en los casos de las denominadas lagunas jurídicas, para el autor el acto jurídico que se debe cumplir, es decir la norma, corresponde a uno u otro de los significados lingüísticos que se le pueden dar. Así, los actos son conforme a derecho, siempre y cuando se mantengan en el marco de posibilidades que da la norma. En este contexto, la interpretación de una ley no deriva necesariamente en una decisión única, sino en una plausible en el marco que brinda el contenido jurídico utilizado y aunque todas tengan valor, sólo una se convertirá en derecho positivo, en el acto del órgano de aplicación, en el acto del tribunal, para brindar mayor seguridad jurídica desde el Estado de derecho.

En síntesis, la obra de Kelsen genera cuestionamientos profundos sobre el alcance del derecho positivo frente al derecho natural. El autor, claramente, separa el mundo del derecho del mundo de la moral, pero reconoce que los dos mundos interactúan y hay cruces entre las dos esferas que es imposible ignorar. En efecto, no es posible pensar en los derechos subjetivos como elementos jurídicos completamente separados del mundo moral de los individuos y como lo señala Habermas, entre otros autores, no pueden entenderse sin acudir a los elementos propios del derecho natural, que para Kelsen serían elementos extra-jurídicos.

2.3.2. Una reconstrucción conceptual y una línea divisoria entre teoría y filosofía

Para trabajar el texto *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico* de Óscar Mejía Quintana, fue preciso acudir a otros escritos realizados por el autor, particularmente a un artículo que sobre el tema presenta en la Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes (Quintana Mejía, 2004). Así mismo se acudió de forma general y con el propósito de complementar el análisis, al texto *Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho Contemporáneo* que aparece en la Revista Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional de Colombia (Mejía Q, 2006).

La pretensión del autor es contextualizar el proceso de desdibujamiento epistemológico de la filosofía del derecho, herencia del positivismo, que dejó sin piso a la reflexión ius-filosófica. Con esto Mejía Quintana realiza un intento por reconstruir las raíces del debate desde el derecho contemporáneo y así reconstruir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo (Mejía Q, 2006). Comienza su planteamiento señalando cómo con el fin de la modernidad temprana y durante el Siglo XIX, se genera un proceso de ruptura con la filosofía del derecho, como había sido concebida, particularmente con los dos filósofos y pilares de la misma, Kant y Hegel. Así, en el texto la tesis que Mejía defiende consiste en establecer que la filosofía del derecho responde a una tradición filosófica, mientras que la teoría jurídica a una tradición jurídica, siendo indispensable diferenciarlas. Señala Mejía que la filosofía del derecho, se puede reconstruir a partir de Rawls, Habermas y de Luhmann, que permiten rastrear la epistemología del derecho a partir de las tres problemáticas fundamentales: legitimidad, eficacia y validez, para buscar una

perspectiva crítica y totalizante del fenómeno jurídico (Quintana Mejía, 2012b), (Quintana Mejía, 2004).

El análisis del autor se puede abordar desde el el rastreo que hace de los vestigios del derecho natural, que interesan, además, al presente texto. Así, Mejía entiende que desde Hart, la teoría jurídica subsume las problemáticas de la legitimidad y la eficacia y “se inicia un proceso de ampliación y definición de su estatuto epistemológico que, más adelante Robert Alexy pondrá en evidencia: la validez del derecho no solo es jurídica sino que deviene también social y moral” (Quintana Mejía, 2004, p. 33). En este punto, expone Mejía cómo se determina el desdibujamiento de la filosofía del derecho y comienza por presentar, lo que denomina el paradigma auto-poiético o auto-referencial, luego expone el paradigma interpretativo, la filosofía de la justicia y finalmente las teorías críticas del derecho, presentando un estado del arte crítico sobre la forma en que se ha abordado el derecho desde la modernidad temprana.

Desde el primer paradigma se asume que derecho, política y moral son sistemas sociales autónomos sin otro tipo de comunicación que el sistémico o funcional, siendo además una radicalización del positivismo kelseniano. Al respecto, Luhmann habla de la complejidad intrínseca de cada uno de los sistemas. Entonces, la función de la teoría jurídica sería evitar que se presente la paradoja sistémica, es decir, la imposibilidad de auto-observación. Por su parte, la sociología del derecho actuaría como *observadora de la observación* y garantizaría el cierre autopoietico, al evidenciar el peligro de importar normas externas al derecho, para asegurar la validez y unidad del sistema. Así desaparece el estatuto epistemológico ius-filosófico.

Con relación al paradigma interpretativo, que es el que más concierne a la hipótesis planteada en el presente texto, afirma Mejía que el debate se dirige a la relación entre derecho y moral, frente a la que Hart estaría en completo desacuerdo, mientras que Dworkin defendería asumiendo la existencia de una relación estructural entre las dos esferas. Así, resulta posible rastrear el derecho natural en la concepción del derecho constitucional colombiano, y

particularmente, como se ha expuesto y se continuará exponiendo, desde la norma fundamental-, derecho y moral se relacionan dado que los principios máximos del sistema jurídico sintetizan los principios morales de la sociedad y en consecuencia, “hablar de dos dimensiones normativas enfrentadas no tenía asidero por cuanto el derecho incorporaba los valores morales de la sociedad a través de sus principios regulativos” (Quintana Mejía, 2004, p. 34). El punto relevante para Mejía es que Dworkin, en este escenario lleva el debate entre derecho y moral, al campo de la filosofía del derecho y no de la teoría del derecho, logrando la ruptura definitiva con la filosofía del derecho.

Frente a la teoría de la justicia, Mejía establece que el resurgimiento de la filosofía moral, política y jurídica en la segunda mitad del siglo XX se origina con la *Teoría de la Justicia* (1971) de John Rawls, presentando un nuevo fundamento al concepto de moral, al de política y al de derecho. El eje de su planteamiento es la idea procedimental del consenso entrecruzado, a partir del cual y con el presupuesto de la posición original – condiciones de simetría entre todos los sujetos en libertad e igualdad -, “(...) se construyen unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social” (Quintana Mejía, 2004, p.39).

De este planteamiento se derivan tres momentos: el dialógico-moral; el político-contractual y el ético-contextual, que intentan compatibilizar las concepciones de justicia y las visiones económicas, los intereses particulares de los individuos y las formas de vida particulares, con los principios jurídicos, a través del consenso entrecruzado y de la deliberación consensuada. Este planteamiento, es el que define, conforme a lo expuesto por Mejía, el nuevo perfil de la filosofía del derecho contemporánea. Esto destaca no sólo una nueva aproximación frente a los problemas de la justificación moral, la legitimidad política, la validez jurídica y la eficacia social de un sistema jurídico-político dado, sino que logra la proyección de la filosofía del derecho, como reflexión integral para llegar a configurar el fenómeno jurídico y sería entonces, desde la filosofía del derecho, desde donde podemos encontrar cómo el *dios ilustrado* integra lo normativo y lo extra-normativo, más allá de la apuesta laica o confesional que se derive de las cartas normativas.

En relación con las teorías críticas, plantea Mejía que las mismas se sustentan en dos tradiciones sobre la sospecha: desde Marx, al cuestionar el estatus quo generado por las clases sociales y la dimensión del derecho que Kant y Hegel impusieron con figuras como el contrato social y el estado; y desde el estructuralismo Foucaultiano, que concibe al derecho como un instrumento para disciplinar, vigilar y controlar, desde los mecanismos del panóptico social, mostrando la relación estructural que existe entre el derecho y la política y su articulación a través de la decisión judicial⁵⁰.

Por su parte, en relación a Habermas, Mejía señala que para entenderlo es necesario revisar a Robert Alexy, quien lo lleva a plantear su teoría del estado democrático de derecho en *Facticidad y validez*. Señala Mejía que Alexy propone una triada para entender la validez del derecho que integra las diferentes dimensiones del fenómeno jurídico: 1. Validez jurídica: que la norma sea dictada por el órgano competente y según un procedimiento previsto; 2. Validez moral: que la norma esté moralmente justificada y que el sistema posea una pretensión de corrección en caso de normas injustas; 3. Validez social: que la norma valga socialmente porque es obedecida y en caso de desobediencia se aplique una sanción (Quintana Mejía, 2004, p.44); aportes que serían parte de la reflexión de la teoría jurídica.

En consecuencia, Mejía establece que el pensamiento habermasiano se puede entender como una propuesta integral de filosofía práctica en tres etapas: 1. Redefinición de nuevos términos de la problemática filosófico-política, presentando un proyecto de reconstrucción del materialismo histórico; 2. Fundamentación de una teoría de la acción comunicativa como estrategia central de relegitimación de la sociedad capitalista; 3. Concepción de la ética discursiva. Para Mejía, Habermas logra construir una propuesta que genera un nuevo paradigma jurídico-político, el discursivo- procedimental, que pretende reconstruir normativamente la legitimidad fracturada,

⁵⁰ Desde la perspectiva de esta investigación, la aplicación del panóptico en el caso del derecho constitucional colombiano, sería precisamente el rol de la iglesia católica durante el imperio de la Constitución de 1886, que a través de las normas actuaba como ente de control, regulación y vigilancia.

desde la aplicación de un modelo de democracia deliberativa cuyo fundamento sería el poder comunicativo de la sociedad civil y la opinión pública (Quintana Mejía, 2012b), (Quintana Mejía, 2004). De esta forma, se puede afirmar de conformidad a lo expuesto por Mejía, que Habermas logra relacionar las tres dimensiones que se habían disuelto en la discusión de la filosofía práctica: la legitimidad política con la justificación moral, la validez jurídica y la eficacia social, logrando con esto redefinir el estatuto epistemológico de la filosofía del derecho desde el estado democrático de derecho contemporáneo.

En síntesis, plantea Mejía que su texto muestra la reconstrucción epistemológica de la filosofía del derecho, poniendo de manifiesto su proceso de ruptura y desdibujamiento que ocurre con el surgimiento y consolidación de la teoría. Con esto en mente, propone que desde la mirada disciplinaria de la teoría jurídica, la filosofía del derecho se presente como la visión transdisciplinaria del fenómeno jurídico (Quintana Mejía, 2004, p. 48). De esta forma, realiza un aporte analítico frente a la necesidad de diferenciar teoría de filosofía jurídica y presenta un aporte histórico para entender dónde está el derecho desde las diferentes propuestas teóricas y filosóficas que han enmarcado el pensamiento ilustrado. Por supuesto, con estos desarrollos es posible además ver cómo los elementos fundantes del pensamiento jurídico (eficacia, legitimidad y validez) se enmarcan en valores que le dan más o menos trascendencia al individuo y a su autonomía o al grupo social (pueblo, comunidad) y a su capacidad de construir consensos o disensos, lo cual permite ver también la relación transversal que existe entre derecho y moral y cómo esta relación conlleva la incorporación de criterios extra-jurídicos en los sistemas normativos.

Lo anterior, también refleja las dificultades que los autores han tenido a la hora de diferenciar la moral del derecho, llevándonos una vez más a asumir que en la construcción del estado moderno existe una lucha constante entre iuspositivismo e iusnaturalismo, que intenta ubicar en el mundo normativo y supra-normativo los principios y derechos fundamentales y su correspondiente fundamento. Es decir, nuevamente tenemos que el escenario de la Ilustración y el de la modernidad pretenden objetivizar lo subjetivo para lograr encontrar un fundamento que vaya más allá del mundo metafísico – que introduzca el derecho en el mundo de la razón -, pero que evidencia que ni las pretensiones de justicia ni los fundamentos de la estatalidad pueden

encontrarse enteramente en el procedimiento ni en el derecho positivo. Para terminar, vale la pena preguntarse si la diferenciación tajante que pretende hacer Mejía entre teoría y filosofía del derecho tiene implicaciones prácticas en términos de la construcción del derecho o de la investigación jurídica. Independientemente de la respuesta, su recuento teórico, el planteamiento de paradigmas y su propuesta de reconstrucción epistemológica, brinda un panorama crítico para abordar la disciplina.

2.3.3. Dos líneas teóricas: el hábito y la realidad social; la validez y la facticidad

Al considerar la complejidad del texto de *La fuerza del derecho*, se decidió limitar este análisis a dos temas y particularmente a lo planteado por uno de los autores, Pierre Bourdieu: la autonomía del derecho y la realidad jurídica. Todo ello, teniendo como base interpretativa el estudio preliminar que al respecto realiza Carlos Morales de Setién Ravina. Así mismo, se tendrá en cuenta el análisis que Visbal realiza sobre el estudio de Morales. El primer elemento analítico, que desde el presente texto, se considera relevante es que los autores presentan propuestas que ponen en evidencia que el análisis del marco regulatorio y de las normas como su expresión tradicional, resulta insuficiente, incluso para entender cómo pretensiones libertarias y progresistas como las que propone la Carta Política de 1991, se contraponen con el estatus-quo de una sociedad que ideológicamente se debate entre el reconocimiento de la diversidad religiosa e intentos de generalizar una moral particular; en otras palabras entre apuestas pluri-religiosas y confesionales. La apuesta laica en este escenario no se hace evidente.

Así, desde Bourdieu el análisis sería a partir de los conceptos de hábito y de realidad social, pero para poder llegar a este planteamiento es importante entender la propuesta del autor, en términos de la fuerza que le da al derecho, entendido más allá de su función regulatoria y ordenadora e incluso, desde una mirada del mismo como herramienta de transformación social. La propuesta de Bourdieu, al igual que la de Taubner, se caracteriza por asumir la autonomía en su

caso relativa, del derecho. Sus aportes son el concepto de *campo*⁵¹ y su análisis sobre la eficacia simbólica del derecho, que estudia Mauricio García Villegas. Vale la pena resaltar que para el autor la lucha del monopolio del derecho se desarrolla en el campo de *decir el derecho*. Al respecto señala que

(...) el funcionamiento del campo jurídico se revela con toda claridad en el lenguaje jurídico que, combinando elementos directamente tomados del lenguaje común y elementos extraños del sistema, impregna todas sus manifestaciones de una retórica de impersonalidad y de neutralidad (Bourdieu, 2000, p. 165).

Así, para efectos del dilema en el cuestionamiento en que se ha puesto nuestra Constitución – si es estado confesional, laico o pluri-religioso - y en particular la manera dispar en que se han desarrollado los derechos de las minorías, en particular los de la comunidad LGBTI, con los casos que se estudian en el presente texto (matrimonio igualitario y adopción igualitaria), vale la pena ilustrar lo ocurrido con una discusión que no se dio en Colombia, la de los manuales de convivencia escolar, elaborados por los colegios.

El debate se cerró en agosto de 2016, cuando el ex procurador Alejandro Ordoñez y representantes de grupos religiosos católicos y cristianos, comenzaron a señalar que la entonces ministra de educación, Gina Parody, quería incorporar en los manuales de convivencia, algo denominado ideología de género. Este caso sirve para mostrar claramente el alcance del concepto de *campo jurídico* y de la idea de la fuerza del *decir del derecho*, que construye Bourdieu. El *decir del derecho*, en este caso, no llegó ni siquiera al Congreso, pues la discusión se desvirtuó antes de comenzar y se cerró desde las esferas más altas del ejecutivo⁵².

⁵¹ Bourdieu señala que “[e]l campo jurídico, por el hecho del papel determinante que juega en la reproducción social, dispone de una autonomía menos amplia que campos que contribuyen también al mantenimiento del orden social, como el campo artístico o literario o incluso el campo científico” (Bourdieu, 2000, p. 216).

⁵² El periódico El Colombiano, ilustra claramente lo ocurrido, señaló en edición del 12 de agosto de 2016 que “El presidente Juan Manuel Santos le puso punto final al capítulo sobre la “imposición de la ideología de género” en los colegios. El polémico manual sobre orientación sexual que elaboró la Unicef con Colombia Diversa y Naciones Unidas no fue aceptado por el primer mandatario. No se distribuirá en ninguna escuela ni será implementado. “El documento del Fondo de Poblaciones de Naciones Unidas sobre ambientes escolares fue publicado en las páginas web de las Naciones Unidas para su discusión, sin la autorización del Ministerio. Este documento no será autorizado”, dijo Santos” (El Colombiano, 2016).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Con respecto al caso que se quiere ilustrar, el Ministerio de Educación Nacional, en un intento por cumplir con una sentencia de la Corte Constitucional, que tuvo lugar como consecuencia de la protección de los derechos fundamentales de la familia de un estudiante de colegio que se suicidó, Sergio Urrego, al haber sido discriminado varias veces por su orientación sexual, intentó presentar un documento denominado “Ambientes Escolares Libres de Discriminación. Orientaciones Sexuales e identidades de género no hegemónicas en la escuela, aspectos para la reflexión”⁵³, que fue elaborado en compañía de la UNICEF, UNFPA y el PNUD y que nunca se pudo llevar a la discusión pública.

En el fallo mencionado (CConst, 2015b) , la Corte Constitucional le exigió al Ministerio de Educación Nacional garantizar que las escuelas fueran un espacio libre de discriminación, en particular, con la comunidad LGBTI. A su vez, en el fallo dijo la Corte que: “No resulta válido que los colegios pretendan intervenir a través de sus manuales y posteriormente con procedimientos y sanciones en la libre escogencia a que tienen derecho los estudiantes de inclinarse por la orientación sexual o la identidad de género de su preferencia”(E. Tiempo, 2015). Por su parte, se comenzó a decir que con el documento mencionado la entonces ministra y hoy exministra de educación, que abiertamente expresaba su orientación sexual, quería imponer en los colegios algo

⁵³ El título del documento se tomó de una foto que sobre el mismo recuperó la revista Semana en publicación virtual del 11 de agosto de 2016, en la sección denominada Polémica y cuyo artículo se tituló: *Manuales de convivencia: la ideología de género no existe*. Al respecto, se expone en el artículo que: “El Arzobispo de Bogotá, el Cardenal Rubén Salazar Gómez, afirmó recientemente que “la ideología de género que se quiere imponer en el país destruye al ser humano”. La desinformación que rodea los temas de género ha llevado a que personalidades con capacidad de influenciar a la opinión pública, como el religioso o el procurador Alejandro Ordóñez, introduzcan este término en el lenguaje con el objetivo de difamar al Ministerio de Educación. El problema es que, como confirman varios expertos consultados por esta publicación, la ideología de género no existe. Sí en cambio la educación con perspectiva de género. Esta categoría analítica se emplaza dentro de los llamados ‘Estudios de género’. De acuerdo con Estela Serret Bravo, una de las investigadoras más importantes en el estudio de esta materia, la perspectiva de género en la educación es “un punto de vista a partir del cual se visualizan los distintos fenómenos de la realidad (científica, académica, social o política) que tiene en cuenta las implicaciones y efectos de las relaciones sociales de poder entre los géneros. En otras palabras, lo que busca es que las personas se cuestionen las construcciones culturales y sociales desde la educación y cómo estas han consolidado roles desiguales asociados al género. Por ejemplo, que la mujer fue creada para atender las labores del hogar y que el hombre es el que debe sustentar económicamente a su familia sin ayuda de su esposa” (Revista Semana, 2016).

denominado ideología de género, situación que además quedaba sustentada porque activistas en favor de los derechos de la comunidad LGBTI, también habían colaborado en su construcción.

El término ideología de género ha ido cobrando vigencia en el sentir popular, llegando a ser incluso usado por grupos de opositores para deslegitimar aspectos del Acuerdo de Paz con las Farc. Pese a ello, académicos, activistas políticos y medios de comunicación han intentado aclarar diferencias conceptuales como sexo, género y orientación sexual y han tratado de cuestionar el término, pero el decir del derecho desde el sentir popular lo ha convertido en un término que quiere mostrar una supuesta ideología cuando se habla de igualdad de derechos por parte de la comunidad LGBTI e incluso, por parte de grupos que hablan de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Así, una realidad social, se ha consolidado como un campo jurídico, con efectos políticos y normativos, en un decir del derecho que se quedó sin voz, el debate sobre los manuales de convivencia y la construcción de espacios libres de discriminación en general - y en particular para las minorías sexuales, con diferencias de género y de orientación sexual, en los colegios - y ganó esa pelea un sentir popular promovido por actores sociales y políticos con fuerza en la construcción de opinión.

A lo anterior, se une el efecto o la pretensión de universalización que acompaña el discurso jurídico y que tiene intención clara de dominación. Así, los tres elementos: la autonomía, la neutralidad y la universalidad, lejos de ser un simple disfraz ideológico, se configuran como base de la autonomía real de prácticas y pensamientos y de un funcionamiento propio del campo jurídico y del trabajo de racionalización, que en el caso del que se viene hablando permitió ver la influencia de la iglesia católica y de otros grupos religiosos en la determinación de lo aceptable e incluso, en la prevalencia, en esta ocasión, del sentir popular, que llega a actuar como voluntad popular porque prima sobre otros sentires, incluso sobre una decisión del tribunal constitucional, es decir de la Corte Constitucional. A esto lo denomina Bordieu: “espíritu o sentido jurídico”, que se produce y reproduce desde la división del trabajo de dominación simbólica por el monopolio del ejercicio legítimo de la competencia jurídica.

En relación con la interpretación jurídica, Bordieu realiza una diferenciación sutil. Por un lado está la interpretación de la ley y por otro la de las sentencias. Respecto a la primera, señala

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

que el contenido práctico de la ley que se deriva de la sentencia es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales que tienen competencias técnicas y sociales desiguales y quien gana es quien termina dando la significación real, el efecto jurídico a las reglas – en el caso de los manuales de convivencia, ganó el sentir popular y triunfo el estado confesional, incluso sobre el artículo 13 de la Carta Política, que exige la materialización sustancial de la igualdad -.

El campo judicial, por su parte, representado por la sentencia del juez que termina los conflictos, constituye una proclamación pública de la verdad y constituye en sí mismo un acto de nominación o de instauración que es la representación más contundente de la palabra autorizada, pública y oficial “que enuncia en nombre de todos y enfrente a todos” la realidad y la verdad (Bourdieu, 2000, p. 197), pero como se viene señalando la verdad no siempre triunfa y en el caso de los manuales de convivencia, no pudo primar ni siquiera con el fallo, pues la posibilidad del debate se desvirtuó. Es posible que se esté trabajando en el tema, pero públicamente, el debate quedó suspendido en el mundo del derecho y esto es relevante para asumir que Colombia y su Constitución, con su interpretación son apuestas laicas. Como complemento de esta visión, estarían las categorías de pensamiento de los individuos que ayudan a producir el mundo, pero con los límites de correspondencia con las estructuras y visiones preexistentes, concordantes con principios de visión y división desde divisiones preexistentes, que en el caso de los manuales de convivencia son ejercicios normativos apoyados en el sentir popular.

De la propuesta de Bourdieu, se derivan varios elementos para el análisis que se presenta en el presente texto. Primero y como señala Morales de Setién Ravina, el derecho se encuentra en una aparente paradoja, la de la autonomía para la dependencia (Morales de Setién Ravina, 2000) o como literalmente lo expone Bourdieu el lenguaje jurídico “constituye un campo caracterizado en sí mismo por la independencia en y para la dependencia” (Bourdieu, 2000, p. 182); siendo relevante entender cómo el derecho interactúa constantemente con otras esferas de la realidad. Por otro lado, el análisis permite señalar que el derecho crea normas desde los sujetos morales que hacen parte del entorno particular en el que el derecho pretende ser construido y

aplicado, es decir, los sujetos morales aprenden y se construyen a sí mismos desde los parámetros en los que estos son a su vez, construidos.

También es importante resaltar el problema que expone Bourdieu, respecto a la crisis del derecho moderno. En este sentido señala Morales, a partir de lo planteado por el francés, que dicha crisis está inextricablemente ligada al modelo empleado por el derecho, un modelo que no corresponde a las exigencias y a la complejidad del hombre contemporáneo y que exige mecanismos nuevos de solución de conflictos (Morales de Setién Ravina, 2000, p. 18). Al respecto, se acoge el planteamiento de Bourdieu desde el que se pretende evidenciar que el sistema jurídico es un espacio para efectuar una crítica profunda frente al porqué todos los sujetos que construyen el mundo jurídico lo hacen sin tener en consideración la realidad política de una gran parte de la sociedad (Visbal, 2000), como ocurrió en el caso de los manuales de convivencia. En igual sentido, se acoge la crítica de Bourdieu frente a los intentos por construir *una teoría pura del derecho*, en términos de Kelsen, que conforme a las palabras del autor francés:

no es sino la ultra-consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento (Bourdieu, Pierre, 2000, p. 156).

Como se señaló previamente, esa idea de que las normas contengan su propio fundamento solo lleva a buscar el valor, el principio o el criterio que permite que se considere como norma y ese criterio no se deriva de la nada, sino que surge del empleo de la razón o de un proceso histórico o de elementos que social o moralmente se consideran relevantes para regular en el mundo del derecho, es decir, el proceso que se deriva del iusnaturalismo racional-histórico. Para efectos del presente trabajo, estos elementos son propios del derecho natural y desde el punto de vista del *dios ilustrado*, propios de ese proceso racional e histórico que responde a los discursos sobre dignidad humana y sobre derechos humanos y fundamentales.

En este sentido, se estaría recogiendo la propuesta de Diego López sobre la teoría impura del derecho, que se analizó previamente, en donde establece que no es suficiente entender cómo se construye el mundo jurídico en América Latina, desde la importación de teorías, sino que es preciso entender cómo al asumirlas, con la supuesta lectura tergiversada “se abre la posibilidad de variación, adaptación y verdadera creación” (López Medina, 2004, p.35), situación que en palabras del mismo autor permitirá entender el concepto local que del derecho se ha forjado la ius-teoría para el espacio donde se práctica y enseña derecho, lo cual incide claramente en la construcción conceptual del tipo de estado, que en esta tesis doctoral se considera pluri-religioso por oposición al laico y al confesional.

Resulta entonces pertinente retomar la idea de autonomía relativa y no total del derecho, que nos permite, además, entender la existencia de una relación entre la disciplina y la moral, para determinar cómo el derecho choca constantemente con realidades que no son manipulables, que tienen una racionalidad propia, y que entran en el juego de construcción colectiva del derecho, entre ellas las que hablan de los valores que están en la Carta Política y que se construyen y reconstruyen discursivamente. En este contexto se retoma lo que señala Bourdieu, conforme a la interpretación que del autor hace Visbal:

[e]l campo jurídico está circunscrito a la capacidad (competencia técnico-jurídica) que tenga el agente que participa. En él se presenta un enfrentamiento de concepciones sobre la manera de resolver asuntos jurídicos, en el que toman parte jueces, abogados, clientes, fiscales (...). Se trata entonces de una parte del espacio social en el que los diversos agentes compiten por monopolizar qué es el derecho (Visbal, 2000, p. 118).

Con esto en mente, se puede relacionar la concepción de derecho con los valores que se derivan de ella. En este punto el concepto de capital jurídico, entendido como una forma de ejercicio del poder y de las posiciones de dominación en una sociedad, se considera fundamental. En efecto, Bourdieu señala que “el capital jurídico se encuentra reforzado por el capital social que

está en manos de los juristas por la posición relativa del campo jurídico al interior de la sociedad” (Visbal, 2000, p. 119), (Bourdieu, 2000, p.70). También establece el autor que

en el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho (...) La rivalidad por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados del pasado contribuye a hacer más profunda la separación social entre los profanos y los profesionales, favoreciendo un trabajo continuo de racionalización que es adecuado para incrementar cada vez más la separación entre las sentencias cargadas de derecho y las intuiciones ingenuas de la equidad, y para hacer, por otra parte, que el sistema de normas jurídicas se parezca a aquellos que las imponen y también, en mayor o menor medida, a aquellos que las padecen (...) (Bourdieu, 2000, P.161).

Vale la pena traer a colación – para ampliar las posibilidades de interpretación de la teoría de Bourdieu – la forma en que Lemaitre interpreta su concepto de espacio jurídico:

un campo de acción en el cual la violencia que predomina es aquella de los significados favorables a un grupo dominante, es decir, la violencia simbólica. (...) el derecho es un campo social donde las luchas giran en torno al poder de determinados grupos a fin de definir los contenidos y modos de interpretación (Lemaitre Ripoll, 2009, p. 29).

Lo anterior, evidencia entonces que ese proceso de racionalización que pretende hacer del campo jurídico un sistema coherente y riguroso, se desdibuja con la práctica jurídica, se reta entonces el formalismo y el ius-positivismo; siendo posible afirmar que el andamiaje jurídico participa de la lógica positiva de la ciencia y de la lógica normativa de la moral, y su reconocimiento se deriva de una necesidad inseparable de articular la lógica con la ética, que no puede olvidar el derecho natural, constituyendo entonces una estrategia de análisis para aproximarse a las concepciones de derecho y a los valores morales que se derivan de la Constitución Política de 1991 y de las concepciones de derecho que están presentes en el contexto colombiano. Se entiende entonces que al igual que “el texto religioso, filosófico o literario, el texto jurídico es un entramado de luchas por el hecho de que la lectura es una forma de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada allí” (Bourdieu, 2000, p. 162).

Con respecto al hábito, o como lo denomina Morales, la acción estratégica de los actores, es importante señalar que éste se relaciona con el concepto de campo entendido como escenario de juego; que en el ámbito jurídico sería equivalente al espacio de formación de las reglas jurídicas. Los dos conceptos tienen mutua dependencia, se complementan, en la medida en que, conforme a lo expuesto por Bourdieu y que retoma Morales “[los hábitos] pueden ser colectivamente orquestados sin ser el producto de la acción orquestante” (Bourdieu, 2000, p. 67). Por otro lado, el concepto de hábito no se puede entender para aquellos que asumen la realidad en términos deterministas o de libertad, dado que el hábito se auto-reproduce

(...) aparece como una parte constitutiva del espacio social, determina las acciones, los pensamientos, las percepciones, pero sólo al interior de las condiciones históricas de su producción, es decir, al interior de las acciones, pensamientos y percepciones ya existentes. (Bourdieu, Pierre, 2000, p. 68).

Esto se traduce, como lo explica Morales, en que las categorías jurídicas que empleamos los abogados tienden a reproducirse a lo largo del tiempo y el campo jurídico se limita a las categorías que aplica; nuevamente el caso de los manuales de convivencia y la construcción del concepto de ideología de género, constituyen un buen ejemplo para ilustrar los conceptos de Bourdieu.

Así, desde el concepto de hábito de Bourdieu, podemos entender dónde estarían las reglas y valores que sería preciso tener en consideración en el juego de poder propio del campo jurídico, lo cual evidencia que las normas positivizadas no son suficientes para entender ni la realidad social ni nos puede llevar a asumir la autonomía total del derecho frente a la moral, ni de los valores cuyo fundamento estaría en las propuestas iusnaturalistas. Como se deriva de lo anterior, los planteamientos de Bourdieu sirven para aproximarse de forma interpretativa a la Constitución de 1991 como escenario de construcción y regulación jurídica y como escenario de construcción y regulación del *díos*

ilustrado. También abren la puerta a un escenario analítico pertinente para entender la forma en que los hábitos jurídicos se producen y reproducen en escenarios diversos como el de la moral y para poder responder a la pregunta acerca de si Colombia constitucionalmente responde a valores confesionales, laicos o pluri-religiosos y si es posible establecer una relación entre el concepto de derecho y el de constitución que evidencie la presencia del derecho natural, que pretende ser desdibujada desde la idea de laicidad pero que acompaña el campo jurídico, el hábito y la realidad social en el juego constante entre escenarios que se relacionan y se construyen en autonomía dependiente.

Otro texto que resulta relevante en el presente aparte es *Facticidad y Validez*, lo primero que habría que decir es que Habermas, entiende el derecho, en este contexto, como mediación. Entonces, resulta indispensable re-conceptualizar el derecho y entenderlo como la categoría de mediación social entre hechos y normas, entre lo que ocurre y la realidad jurídica (Quintana Mejía, 2008), perspectiva que complementa lo planteado por Bordieu⁵⁴, pero que se queda corta al analizar situaciones como la que se derivó del debate que no ocurrió sobre los manuales de convivencia, pero que si confiáramos más en el poder del *dios ilustrado*, de las Corte Constitucional y de los magistrados que la guardan, el debate se podría haber propiciado. Entonces, Habermas intenta darle al derecho un criterio procedimental-argumentativo de validez-normativa, es decir, darle al derecho un principio discursivo que permita superar el derecho como construcción monológica y transformarlo en una construcción dialógica.

Una forma de entender el alcance del texto, tal y como lo resumen en varias de sus ediciones sería entender que Habermas propone conciliar el liberalismo jurídico con la democracia desde la modernidad política, para reconstruir un concepto de derecho positivo y reformular los principios del estado democrático de derecho (Habermas, 1998). La propuesta habermasiana

⁵⁴ Como establece Mejía, desde esta aproximación “el derecho permite que el sistema administrativo sea atravesado por el poder comunicativo de la sociedad, concepto retomado críticamente por Habermas y Hanna Arendt, convirtiéndose así en un instrumento de integración social”. El estado se transforma en dinámica comunicativa, limitado por el sistema del derecho y así, la tensión entre facticidad y validez, se concilia a través del derecho (Quintana Mejía, 2008, p.39).

recoge elementos de la democracia liberal formal y del republicanismo (democracia directa), para así construir una propuesta de carácter sociológico, en donde se establece que la democracia actual es deliberativa o de opinión pública. Así pues, es precisamente la deliberación ciudadana la que actuaría como filtro de validez y facticidad de las normas, desde la acción comunicativa que ocurre en la esfera pública, y que busca justicia para todos (Quintana Mejía, 2012a). Lo anterior sin ignorar la influencia de Kant en la construcción habermasiana, pero reconociendo una nueva lectura que además de pensar en el imperativo categórico como el mínimo moral exigible, incluye los derechos básicos de los individuos como límites y como escenarios de la acción comunicativa y en términos de la tesis del presente texto, como escenario de legitimidad del *dios ilustrado*.

Así mismo, estaría presente la idea de legitimidad, entendida como la correspondencia entre la moral de las personas y las normas que ellas deben respetar (Habermas, 1998). En este contexto la facticidad y la validez no serían dos elementos autónomos, sino los elementos que permiten legitimar la aplicación de normas y sanciones y la correspondencia de dichas normas con la moral de los sujetos a quienes van dirigidas dichas normas. En palabras de Mejía, al interpretar a Habermas, para la formación de la voluntad política, se requieren tres órdenes. El moral, el ético y el instrumental, que son los que permitirán luego hablar de validez y legitimidad. Así, en el proceso legislativo, deben estar presentes las recomendaciones pragmáticas, orientadas por la elección libre de decisiones que se basan en intereses y valores que los actores prefieren; también la definición de objetivos ético-políticos, sobre la buena vida de una comunidad específica y la consideración del contexto normativo moral, orientado hacia la autonomía de la voluntad, desde la elección racional de validez universal que no sea relativa contextualmente (Quintana Mejía, 2008).

Por otro lado, Habermas habla del giro lingüístico, que nos permite entender como las normas jurídicas son el resultado de la deliberación continua y reflexiva que permite llegar a consensos, pero son consensos y entendimientos sujetos a constante evaluación en la medida en que se pueden falsear. Con el giro lingüístico habría una facticidad y una validez que dependen de la acción comunicativa de los ciudadanos en la esfera pública, con sus correspondientes fases. Las normas entonces, tendrán un contenido que es susceptible de constante revisión.

Por otro lado, está el elemento de la auto-legislación democrática ciudadana. Esta auto-legislación depende de la deliberación continua y asume la existencia de un estado mínimo que permite que los ciudadanos le den contenidos a las normas que los regulan, la misma comunidad determina qué debe y qué no debe ser regulado por el derecho en un espacio particular. Los ciudadanos así entendidos son legisladores e intérpretes de las normas. Así, el derecho como resultado de la mediación democrática y dialógica permite ver cómo el derecho interactúa con la moral y con la participación política de los ciudadanos.

Capítulo 3. De la carta política como instrumento jurídico, hasta la constitución como instrumento político

A lo largo del presente capítulo se buscó entender qué es la constitución, asumiendo que ella constituye el eje del derecho contemporáneo. Se asume que en la Constitución colombiana la interconexión entre lo jurídico y lo político en el marco del desarrollo de derechos, ha traído como consecuencia una mirada no neutral en términos de la apelación a dios, en el marco de los valores propios del derecho natural.

También se quiso entender la dimensión política y jurídica de la norma fundamental y determinar el rol y el alcance de los tribunales constitucionales. Se partió de considerar que en la Constitución colombiana se confundió lo jurídico con lo político, trayendo como consecuencia un encubrimiento de la preponderancia confesional del Estado, o por lo menos no neutral en términos de la apelación a dios, en el marco de los valores propios del derecho natural racional-histórico.

Con respecto a los elementos que se pueden rastrear del derecho natural en términos constitucionales se presentan: el origen, justificación y legitimidad del poder constituyente, así como la fundamentación de los derechos fundamentales, desde una visión liberal que asume al individuo como eje y finalidad de la protección estatal y constitucional. A lo largo del apartado también fue posible ratificar el carácter sagrado que desde el derecho se le otorga a la norma fundamental, lo cual problematiza el rol de los tribunales constitucionales y la manera en que el derecho positivo puede interactuar con conceptos como dignidad humana y justicia. Por otro lado, quedó claro que la Carta política es un instrumento para limitar el poder del estado y para garantizar los derechos de los individuos. En este acápite también se logró dimensionar la

carta política y afirmar que requiere elementos extra-normativos que garanticen su contenido material y su mirada desde el derecho y hacia la sociedad.

3.1. La constitución contextualizada

En este apartado se quiere entender cuál es el alcance de la constitución e intentar determinar cuál es el rol político de la misma en términos de sus desarrollos y ampliaciones en temas como la determinación de quién es el guardián de la Constitución (el tribunal constitucional), el bloque de constitucionalidad, el valor de la norma fundamental y finalmente en la forma cómo se relacionan el derecho constitucional y la política. Los textos escogidos analizan modelos constitucionales y cartas políticas particulares, desde los cuáles se puede entender lo dispuesto previamente.

3.1.1. Incorporación constitucional de valores extra-normativos: el caso del bloque de constitucionalidad

Rodrigo Uprimny, en un capítulo de su autoría titulado *El bloque constitucional: introducción conceptual e histórica* que se encuentra en el texto *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Volumen I*, realiza un análisis del concepto de bloque de constitucionalidad. Comienza con lo que denomina una mirada *intuitiva* frente a la categoría. En ese sentido, hace referencia a la presencia de normas de rango constitucional que no se encuentran directamente en la Carta Política y establece que las cartas políticas pueden ser más que el texto normativo escrito. Además, se refiere a estas normas como constitucionales, “o al menos supra-legales”, lo cual implica entender que las constituciones no son códigos cerrados. Un ejemplo de ello, son las referencias que traen varias de las constituciones latinoamericanas sobre el rango constitucional que tienen los tratados de derechos humanos, tal como ocurre en el caso colombiano. Con esto en mente, el bloque de constitucionalidad aparece como un intento por sistematizar el fenómeno que indica que las normas con rango constitucional, van más allá de lo formalmente establecido (Uprimny, 2001a).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Este concepto implica entender que las constituciones tienen, por su fuerza normativa y por ser fuente suprema del ordenamiento, la potestad de ampliarse con mandatos que permitan la construcción del bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, contar con el bloque de constitucionalidad da lugar a entender la Constitución como “documento viviente” que se adapta a la realidad histórica, social y política. Por su parte, el concepto de bloque de constitucionalidad puede presentar riesgos en términos de seguridad jurídica y de arbitrariedad judicial, pues no siempre es fácil establecer cuáles son las normas ni cuál es el alcance de las mismas en el debate constitucional, tanto así que los textos se tornan tan flexibles que pueden ser entendidos de forma opuesta por jueces de una misma jurisdicción.

En relación con el caso colombiano, Uprimny divide lo ocurrido en cuatro fases. La primera se denomina *nacimiento frustrado o periodo del rechazo*, que tuvo lugar bajo el imperio de la Constitución de 1886 y con la Corte Suprema de Justicia (CSJ) como tribunal que ejercía el control de constitucionalidad. Allí, el desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad fue muy precario. En efecto, la CSJ siempre se negó, aunque con matices contradictorios, a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia pudiera ser una causal de inexecutable, negándose con ello a introducirlos en el bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2001a, p.113).

La segunda fase se denomina *infancia o recepción tácita del concepto: 1991-1992*. La Constitución de 1991 cambió radicalmente el panorama anterior pues confirió fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ejemplos concretos de ello son el artículo 53, el 93, el 94 y el 214. Bajo este contexto desde las primeras sentencias de la Corte Constitucional, este órgano utilizó los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones, incluyendo con esto, aunque no de forma explícita, el concepto de bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2001a). Para efectos de la hipótesis que se expone en el presente trabajo es importante tener en cuenta, que en las decisiones que ilustran lo anterior y que trae a colación Uprimny, las referencias a los derechos humanos se entienden como elementos fundamentales para entender la justicia. Es decir, que el bloque de constitucionalidad es

concebido como un parámetro que, desde el derecho natural racional-histórico, cobra fuerza jurídica para hablar de aquellos derechos que se tienen que considerar en cualquier normatividad, así no estén explícitamente regulados. Así expone Uprimny que

(...) desde sus primeras decisiones, y aunque no hubiera usado la expresión, la Corte Constitucional admitió la existencia de un bloque de constitucionalidad, pues era claro que existían derechos y principios de valor constitucional, e incluso supraconstitucional, que no se encontraban directamente en el articulado constitucional (Uprimny, 2001a, p.122-123).

El autor también aclara que desde el inicio la Corte fue consciente de los posibles excesos que se podían derivar de un bloque de constitucionalidad tácito.

En la tercera fase denominada *adolescencia o recepción formal y vigorosa del bloque de constitucionalidad: 1995 y 1996*, se hace explícito el término. Esto ocurre en 1995 con la Sentencia C-225, del Magistrado Alejandro Martínez Caballero. Al respecto, vale la pena traer a colación lo que al respecto señala dicha decisión jurisprudencial. Así, señala que

el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional

(...)

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores (CConst, 1995b)⁵⁵.

Pese a lo anterior y a la utilización del concepto de bloque de constitucionalidad en diversas ocasiones, afirma Uprimny que el concepto todavía es ambiguo. En ese periodo no son claras las normas que hacen parte de él ni los mecanismos de incorporación para determinar que un derecho o principio podría ser parte del mismo.

La última fase a la que hace referencia Uprimny, se denomina *¿La madurez conceptual? Los intentos de sistematización doctrinaria a partir de 1997*. La Corte señala en su jurisprudencia que la incorporación de un derecho o principio como parte del bloque de constitucionalidad no puede depender del intérprete, sino que debe tener fundamento normativo. También comienza a diferenciar entre bloque en *sentido estricto*, que hace referencia a las normas de jerarquía constitucional, y bloque en *sentido lato*, que habla de las demás disposiciones, que presentan un parámetro de constitucionalidad para las leyes y que puede invalidar una norma legal sometida a control de constitucionalidad. Esta precisión de orden metodológico, sirvió para hacer el análisis sobre la incorporación de tratados en general, priorizando los de derechos humanos. Ello, fundamentado en dos criterios de índole práctica y política: la imposibilidad de confrontar la validez de las normas legales frente a la totalidad de los tratados y la exigencia del principio de reciprocidad, que no siempre se cumple y que podría conducir a una arbitrariedad.

⁵⁵ Dado que esta decisión jurisprudencial se presenta en el presente apartado, se decidió no incluirla en el capítulo referente a las decisiones constitucionales que hablan sobre principios y valores. Sin embargo, el planteamiento que allí se sostiene, también es pertinente en la presente decisión: a través de mecanismos como el bloque de constitucionalidad, se logra positivizar parámetros extra-normativos y se integra al derecho positivo el derecho natural.

Uprimny concluye su planteamiento señalando que el bloque de constitucionalidad ha servido para que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina de instancias internacionales en estas materias, lleguen a ser consideradas con fuerza jurídica en el ordenamiento interno colombiano; situación que evidencia un avance significativo en términos de la consolidación de una cultura de derechos humanos. También se puede afirmar, conforme al estudio realizado por el autor, que la Corte ha intentado elaborar un entendimiento sensato sobre el bloque de constitucionalidad. Con la jurisprudencia constitucional, la Corte ha avanzado en la sistematización dogmática del alcance de la noción, de su naturaleza, de su función y de los textos, principios y derechos que por expresa remisión constitucional pueden ser parte del bloque.

Así, propone Uprimny que es preciso contar con unos lineamientos que permitan desarrollar una sistematización progresiva de la dogmática constitucional. Para ello, se deben diferenciar tres estándares normativos: normas con rango constitucional, parámetros de constitucionalidad de las leyes y normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico (Uprimny, 2001a); siendo la distinción entre sentido estricto y lato un avance significativo que ha permitido establecer criterios de incorporación, tales como la existencia de una regla constitucional que ordene su inclusión en el bloque de constitucionalidad. También es necesario realizar una dogmática consistente sobre el artículo 93 que asuma la existencia de una aparente contradicción, que se puede superar hermenéuticamente y finalmente, considerar como parte del bloque las siguientes normas:

- El Preámbulo
- El articulado constitucional
- Los tratados sobre límites ratificados por Colombia
- Los tratados de derecho humanitario
- Los tratados ratificados por el país que reconocen derechos intangibles
- Los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando sea sobre derechos reconocidos en la Carta y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales.

Por su parte, en sentido lato, habría que incluir las leyes estatutarias y orgánicas en las materias previamente establecidas.

El análisis de Uprimny sobre el bloque de constitucionalidad, permite entender que la Carta Política no se limita a lo que dicen sus normas, sino que el contenido e interpretación de las mismas en términos de derechos humanos y de derecho humanitario, va más allá, *incorporando principios normativos internacionales y extra-normativos*, que buscan garantizar los derechos inherentes de los seres humanos y aquellos que pueden ser limitados en estados excepcionales o que se pueden ver alterados si está en juego la soberanía del Estado. El bloque de constitucionalidad es entonces una herramienta constitucional que le da voz a muchos derechos y permite su garantía e inclusión en la Constitución formalmente entendida.

Así, el texto de Uprimny nos dice que la Constitución se inspira en valores y principios que se derivan de la cultura de los derechos humanos y que son parte esencial de la intangibilidad del individuo, en donde estarían ubicadas la libertad de cultos y la libertad religiosa. En relación con la dicotomía entre estado confesional y laico, se puede afirmar que conceptos y desarrollos como el que se deriva de la construcción del bloque de constitucionalidad, nos remiten nuevamente a los valores y principios de la ilustración, que no pueden ser inscritos en la confesionalidad católica, pero sí en elementos propios del derecho natural en función de sus fundamentos.

3.1.2. El alcance de la Constitución y la pertinencia de los tribunales constitucionales

Eduardo García de Enterría presenta en su texto *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, un estudio similar al de Kelsen, Schmitt y Uprimny. El caso que lo ocupa es la Carta Política española de 1978. Así, aunque el estudio del autor no resulta novedoso, sí constituye un esfuerzo conceptual y de reconstrucción histórica y teórica, que no se puede

dejar de lado y que sirve como marco de referencia para entender qué significa la norma fundamental y por qué resulta de suma importancia contar con tribunales constitucionales para salvaguardarla y para proteger a los ciudadanos de abusos de poder.

El autor comienza por mostrarnos cómo se entendía la constitución en occidente a finales del siglo XVIII y cómo fue cambiando esa concepción con planteamientos de derecha e izquierda, pasando por la posición de Schmitt, hasta cuestionar a los constitucionalistas por su falta de criterio frente a la idea central de la teoría de la constitución: “el poder del Estado proviene del pueblo” (García de Enterría, 1985, p. 43). Así el concepto se remonta a finales del medioevo y a los siglos XVIII y XIX en el movimiento constitucional, encontrando el fundamento de las constituciones modernas en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En este contexto, señala el autor, entender la constitución como instrumento jurídico, permite expresar el principio de la autodeterminación política, que es un rasgo de su carácter originario (norma fundadora) y de la limitación del poder. Por su parte la limitación al poder, que viene de una decisión colectiva está vinculada de forma indisoluble al iusnaturalismo material, que plantea la existencia de derechos innatos y pre-estatales en el hombre, coherentes con lo que se plantea en la presente investigación y con los postulados del iusnaturalismo historicista y racionalista, que el Estado debe respetar y garantizar (García de Enterría, 1985).

Posteriormente el autor presenta los fundamentos del valor normativo de la constitución, que permiten entenderla como norma fundamental. Resalta, como principio general, que la constitución configura y ordena los poderes del estado y sus límites, también contiene los derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y los poderes que aquel debe garantizar a la comunidad y entre estos elementos, el más importante sería la bilateralidad (estado/ciudadanos) en la fuerza vinculante de la norma desde el estado constitucional (García de Enterría, 1985, p. 49). La Constitución, entonces, no es sólo la primera norma, sino la *norma de normas* porque define el sistema de fuentes formales del derecho y expresa la intención fundacional con pretensión de permanencia.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

En apoyo a la hipótesis del presente texto, García de Enterría señala que la constitución goza de una súper-legalidad formal y material, pudiendo incluso negar la validez de otras normas que la contradigan; es el poder viviente del *dios ilustrado*. Siendo relevante otro principio que es parte del fundamento de la constitución, el de la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental. Este principio, se relaciona con el de unidad del ordenamiento y permite que la constitución pueda realizar una interpretación de cualquier norma, previa a cualquier aplicación del ordenamiento. En este sentido, enfatiza el autor que para poder realizar el proceso mencionado, ninguna norma subordinada podrá desconocer el cuadro de valores básicos que está en la constitución y todas las normas deben propender por dichos valores (García de Enterría, 1985, p. 98).

Por otro lado, García de Enterría presenta de forma similar a la de Kelsen y Schmitt, su análisis sobre el tribunal constitucional. En este punto es importante resaltar nuevamente, pues el autor lo enfatiza, que la constitución se entiende como *lex superior* y en esta medida sienta los valores supremos del ordenamiento y es desde esta "(...) supremacía que es capaz de exigir cuentas [y] de erigirse en el parámetro de validez de todas la demás normas jurídicas del sistema"(García de Enterría, 1985, p. 123). La concepción mencionada es herencia del constitucionalismo norteamericano, incorporando la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como *lex legum* y como *lex inmutable*.

También aporta la idea de súper-derecho con las técnicas propias del common law, al formalizar un documento solemne - experiencia pactista de las colonias americanas-. El common law, también brinda la *judicial review*, que se traduce en el control constitucional de las leyes inferiores y que es el origen de la necesidad de contar con un tribunal constitucional, aclarando "que difícilmente podría el Tribunal personificar la Constitución si no tuviese la autoridad de hablar en nombre de ella"(García de Enterría, 1985, p. 128).

García de Enterría expone también cuáles son los riesgos de la justicia constitucional, para establecer qué es lo positivo de un tribunal constitucional, siendo los primeros: la enorme responsabilidad en los sistemas jurídico y político, que deriva en que cualquier debilidad pone en riesgo a la totalidad del sistema; la posibilidad de convertirse en “gobierno de los jueces”, que Schmitt desarrolla a profundidad (García de Enterría, 1985, p. 161) y termina siendo un perpetuador del estatus-quo; y la posibilidad de hacer prevalecer los intereses de la asamblea o del partido, en donde la justicia constitucional parecería terminar por tener un poder superior al de conservar el derecho y llegaría a transformarlo. Para evitar los riesgos, el autor señala que es fundamental que la constitución conserve su carácter de norma jurídica y no dejarla en el plano de lo político; en otras palabras, rescatar su valor positivo.

En este contexto, si la constitución es norma de normas, el tribunal constitucional sería una consecuencia lógica de aquella, dado que debe haber un órgano que permita mirar el sistema integralmente y ajustarse a la comunidad de la que hace parte. Por esto se exige al juez constitucional motivar sus sentencias en la constitución como norma jurídica; lo cual sólo se puede lograr aplicando el método jurídico más riguroso. Otra virtud de los tribunales constitucionales es que extiende el rol del derecho a la vida política y colectiva. En este sentido sirve para ofrecer garantías eficaces frente al aplastamiento de las minorías, siendo entonces un garante de la democracia misma. Para terminar, el autor menciona un último argumento a favor de la justicia constitucional y es que constituye un instrumento de integración política y social, desde el que se discuten los problemas y se declaran los principios en los que la sociedad se inspira. En síntesis, la justicia constitucional es la herramienta a través de la que el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia (García de Enterría, 1985, p. 195).

García de Enterría presenta criterios que deben fundamentar las decisiones del Tribunal Constitucional que, precisamente por la insuficiencia y ambigüedad de los textos constitucionales, se requieren, y llega a las siguientes conclusiones: 1. Dada la trascendencia de las reglas constitucionales y su pretensión de ordenar y dirigir la totalidad del sistema jurídico, examinar los conceptos constitucionales resulta ser la labor judicial más compleja,

pero sigue siendo una labor judicial estricta, lo que implica acudir a los principios explícitos de las constituciones. 2. El arte o artesanía jurídica es pasar de la norma a su aplicación a través de explicación, persuasión y justificación razonada, no simplemente basándose en criterios de apreciación personal o ad hoc frente al caso.

Así, el análisis de García de Enterría, permite entender de forma global el alcance de la constitución entendida como norma jurídica y como elemento integrador del sistema jurídico del que hace parte. El autor expone los elementos que del derecho natural se han heredado para hablar de la constitución y plantea el vínculo indisoluble entre el iusnaturalismo y los derechos fundamentales que le son inherentes al individuo y cuya naturaleza está por fuera y más allá del estado, evidenciando que, para entender el estado constitucional no es posible dejar de lado el derecho natural, lo cual afirma la hipótesis que guía el presente texto. Menciona además la tradición natural y laica que viene desde Locke para mostrar que los valores que permean las constituciones, van más allá de estas y para evidenciarlos, recordarlos y darles vida están los tribunales constitucionales. En el caso colombiano, la Corte Constitucional, en ejercicio de este rol ha evidenciado la presencia de estos elementos extra-normativos que al operar desde la Carta misma, cuando invoca la protección de un dios genérico, muestra la posición no neutral en temas de índole divina al o que se suma el reconocimiento de la diversidad religiosa, que permite buscar diferentes fuentes a esos principios, pero las únicas que realmente son relevantes son aquellas que se pueden justificar desde el derecho natural, de índole racionalista e histórico y aquellos que provienen de los derechos fundamentales. Con esto, se tiene que el *dios ilustrado* es el que ha permitido, por encontrarse positivizado, también positivizar normas y principios de carácter extra-normativo que hablan en nombre de los individuos y de sus derechos.

García de Enterría quiere enfatizar en el carácter jurídico de la Constitución, sin olvidar su rol político. En este sentido es claro que las constituciones son construidas más allá de las normas que ellas contienen y los tribunales constitucionales, en nuestro caso, la Corte Constitucional, serían las instancias apropiadas para definir el alcance de dichas normas, a

partir, como lo señala el autor, de criterios y posiciones fundamentadas que no pueden ser ajenas a las constituciones. Todo esto requiere pensar en el rol de esos elementos que, aunque estén en las constituciones, permean los ordenamientos jurídicos y los sistemas políticos y que por qué no, se sostienen, por lo menos en parte, desde el iusnaturalismo.

Por otro lado, tenemos el texto de Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, en el que analiza el alcance de la norma fundamental desde las experiencias revolucionarias de Francia y de Norteamérica y nos habla de su carácter político. El autor muestra la forma en que dos de los teóricos políticos más importantes de la época construyen el principio de separación de poderes: John Locke y Montesquieu, que, en sus palabras, sentaron las bases del valor constitucional. John Locke presenta su propuesta en el texto *Sobre el Gobierno Civil*, con el que establece las reglas y fin de la autoridad, que no es otro que la protección del ciudadano y en esta medida, establece que la ley no debería interferir de formas arbitrarias en su libertad.

También trae a colación las palabras de Locke en donde establece que el único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural para someterse a la autoridad civil, es a través de un acuerdo con otros hombres que les permite crear comunidad, para convivir de manera confortable, segura y pacífica (Blanco Valdés, 2006). Con este parámetro, se infiere que el contrato social obliga al hombre a someterse a las decisiones de la mayoría. Establece el autor que, según Locke, el fin que lleva a los hombres a unirse en estados y a someterse a un gobierno es la preservación de la propiedad; pero aclara que para que el Estado cumpla con sus tareas debe contar con leyes establecidas, fijas y conocidas, con un juez público e imparcial y con un poder que, de fuerza a la sentencia justa, a estos tres poderes, se les denomina: normativo, judicial y coactivo. De todo ello, se deriva la necesidad de hablar no sólo de separación de poderes sino de equilibrio de poderes, entendido como un sistema de frenos y contrapesos.

Por su parte, Montesquieu, desde el análisis de Blanco, desarrolla la teoría de separación de poderes entendida como coordinación que también implica hablar de frenos y contrapesos, evidenciando una crítica profunda al despotismo, con su texto *El espíritu de las*

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

leyes. Así, enlaza la legalidad con la libertad y expone que la libertad no consiste en el derecho de hacer todo lo que uno quiera, sino en el derecho de hacer lo que las leyes permiten. La libertad, conforme al análisis que Blanco realiza de Montesquieu, consiste en la obediencia a la ley y para garantizarla se requiere un sistema, con un mecanismo de distribución de poderes (Blanco Valdés, 2006), siendo estos: legislativo, ejecutivo - derecho de gentes - y ejecutivo - derecho civil -, que se traducen en legislativo, ejecutivo y judicial. Para lograr la separación de poderes, se necesita la preexistencia de una constitución que sustente los poderes de la sociedad y que permita construir el esquema de separación-coordinación que garantice la defensa paralela para mantener la libertad en y frente al estado. El aporte de Montesquieu, siguiendo a Blanco, sería el fundamento del estado constitucional moderno, así como su definición de leyes, entendidas como las relaciones necesarias que se derivan de la *naturaleza de las cosas* (Blanco Valdés, 2006).

Dando paso a la revolución norteamericana, establece el autor que, con la Declaración de Independencia de 1776 y con la primera constitución escrita, se sientan las bases del modelo norteamericano que recoge un esquema relativamente rígido de separación de poderes. Es decir, se aplica un principio de especialización funcional, que tiende a garantizar un verdadero equilibrio y contrapeso de poderes (*checks and balances*) (Blanco Valdés, 2006, p.104), evidenciando la influencia de Montesquieu.

Adicionalmente, la apuesta constitucional americana, establecía un sistema de controles recíprocos entre órganos para garantizar la libertad y evitar el despotismo. Para Blanco, la ley fundamental así entendida, se intentaría construir a partir de la *naturaleza de las cosas*, que se derivaba de la innegable homogeneidad social de la naciente Nación americana, que contrastaba con la pluralidad estamental de Europa continental a finales del siglo XVIII. La anterior situación, se concretó políticamente en un principio: el de igualdad de todos los ciudadanos sin distinción alguna y así, el valor de la constitución estaba encaminado a la separación de poderes que debería someter al poder legislativo, que, desde la reflexión

de los *Padres Fundadores*, es el que mayor desconfianza merecía, pues era el que más incidencia tenía frente a lo público y frente a los ciudadanos.

Posteriormente, se daría paso a encontrar el valor jurídico y no sólo político de la constitución. Esta necesidad surgió, en palabras de Blanco, porque no fue suficiente para lograr el sistema de equilibrio de poderes con la reflexión de los *Padres Fundadores* ni con la formalización en una constitución escrita, siendo entonces necesario acudir a la *judicial review*, que conforme a lo expuesto por la Corte Suprema norteamericana, implica “que, vivimos bajo una Constitución, más la Constitución es lo que los jueces dicen que es” (Blanco Valdés, 2006, p.136). Pero este fue y sigue siendo un debate de fondo, pues no se quería dar a los jueces el poder de cambiar la norma fundamental porque sus decisiones no son expresión del sentir constituyente y su función es, en concreto, el control judicial de la constitucionalidad.

Para lo que nos concierne, respecto al caso norteamericano, Blanco destaca el aporte analítico de Alexis de Tocqueville, quien aclara que el poder de los jueces en el modelo descrito, no entra en lucha directa con los poderes políticos y simplemente se dedica a corregir el poder legislativo. Entonces, el valor de la constitución radica en que se le otorga a los legisladores el poder de modificar la constitución, a seres humanos que por lo menos representan imperfectamente las voluntades del pueblo; y no a otros, los jueces, que en últimas no se representan sino así mismos (Blanco Valdés, 2006).

Desde la Revolución Francesa, lo primero que habría que señalar es el principio de la supremacía de la ley. Al respecto Blanco establece que las constituciones francesas tienen un esquema estático de estructuración de los poderes del estado y una evolución dinámica de las leyes, que nuevamente responden a *la naturaleza de las cosas*, conforme a la propuesta de Montesquieu, es decir, al contexto y a la realidad de quienes estaban presentes al construir las normas fundamentales.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

En el caso particular de esta investigación es posible afirmar, conforme a lo establecido por Blanco, que en las diferentes constituciones que surgieron durante y con posterioridad a la Revolución, siempre se intentó conservar la superioridad del parlamento y la primacía de la ley (Blanco Valdés, 2006). Entonces, se podría decir que el valor jurídico de la constitución era de carácter político porque esta primacía no es posible simplemente declarándola normativamente sino que requiere suponer que la norma vale por si misma, y en este sentido su poder va más allá de lo escrito, quizá se encuentra en valores propios del derecho natural, lo cual apoyaría la hipótesis que se sostiene: Colombia no es un estado laico, nuestra Carta Política continúa siendo creyente y la herencia y los elementos que tenemos del derecho natural, de corte racional-histórico, hacen que estemos frente a la Constitución del *dios ilustrado*.

Así mismo, es importante entender que la ley suprema es efecto de la voluntad general, que se expresa en el poder nacional, único, y éste reside en el cuerpo legislativo, conforme a lo referido por Blanco. En esta medida, pensar en la supremacía legislativa no puede dejar de lado el valor político de la Constitución, que para el caso francés permite delinear la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido. Del primero surge la superioridad del producto normativo que es la Constitución y del segundo, el poder para promulgar las normas de carácter general, que son las leyes (Blanco Valdés, 2006). A esto se une el hecho de que, desde la Revolución Francesa, esta diferenciación no solucionaba el problema que se derivaba del cumplimiento de las leyes y entre ellas, el de la Constitución, dado que la afirmación de los principios contenidos no era suficiente, siendo entonces necesario pensar en un posible guardián de la constitución.

En síntesis, del texto de Blanco Valdés y para efectos de establecer el alcance de la Constitución y en coherencia con la búsqueda de los elementos del derecho natural en nuestra Carta Política, vale la pena resaltar dos elementos: 1. Que las revoluciones que marcaron el desarrollo constitucional moderno, se inspiraron en la libertad como valor liberal de forma negativa y positiva (Locke o Montesquieu) y que no estaban pensando en elementos sagrados

desde el punto de vista teológico, sino en el hombre como el eje y centro de la necesidad de limitar el poder estatal para su protección (iusnaturalismo racional-histórico); 2. Que pese a lo anterior, es posible entrever en la construcción de la división de poderes y del valor de la Constitución la necesidad de justificarlo más allá de la norma escrita y en este sentido, se encuentran principios políticos y jurídicos que permiten entender que las normas fundamentales no son estáticas ni cerradas, sino que están conformadas por lo que se construye desde afuera, a partir de lo que dicen los jueces en el caso norteamericano o de elementos supra-legales en el caso francés, cuyo fundamento se encuentra en el iusnaturalismo porque es previo al derecho positivo. El *dios ilustrado* con el poder que la da la Carta de 1991, al acoger su protección genérica permite la positivización de los principios y valores que provienen del derecho natural racional-histórico.

Por otro lado, no es menos importante señalar que pese a los esfuerzos realizados desde la teoría constitucional, por separar lo jurídico de lo político en las cartas políticas, en la práctica, los textos constitucionales son textos en donde estos elementos no se pueden diferenciar. Es decir, el límite entre el valor jurídico y el político de las normas fundamentales se entrecruza y se transforma en la determinación de principios y valores que subyacen a la norma y que se deben retomar para no perder el rumbo ni la intención última de quienes tienen en sus manos el poder constituyente.

3.1.3. Constitucionalismo y violencia: la paradoja del caso colombiano

El texto de Oliver Duhamel y José Manuel Cepeda, *Las democracias entre el Derecho Constitucional y la Política*, contiene un capítulo sobre el caso colombiano que vale la pena traer a colación y es en el que se centrará el presente análisis. Los autores comienzan por plantear que Colombia no es sólo un caso de expresión de la violencia sino que es el país de América Latina con la tradición constitucional más estable, pero indudablemente ni la sociedad colombiana es apacible ni el Estado democrático es sólido (Duhamel, Oliver y Cepeda Espinosa, 1997).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Por su parte y como se ha evidenciado previamente, en textos como el de Marquardt y el de Lemaitre, entre otros, Colombia evidencia con gran claridad la brecha entre teoría/ley y práctica/realidad que caracteriza nuestra cultura jurídica. También es importante señalar que pese a los cambios vividos por el país con la instauración de la Constitución de 1991, éste ha tenido como constantes dos duplas antagónicas: la violencia⁵⁶ y la Constitución; las elecciones y la bipolarización.

Respecto al tema que nos atañe Duhamel y Cepeda presentan un contraste que vale la pena recapitular: la comparación entre la Constitución de 1886 y la de 1991. Señalan que la primera era conservadora, centralista, con un poder ejecutivo fuerte, derechos restringidos y con una clara protección al confesionalismo de corte católico, apostólico y romano. Esta Carta Política quería frenar las guerras de los estados federados y sobre todo *controlar a la disidencia*. Por su parte, la Constitución de 1991 fue adoptada como un *pacto de paz* sin ganadores y sin vencidos, por consenso de la mayor parte de fuerzas políticas, viejos partidos y nuevos movimientos - como la Unión Patriótica, aunque la mayor parte de sus integrantes fueron asesinados -.

Los autores, al igual que lo hace Lemaitre, señalan que se trató de “Un tratado de paz, pacto nacional, acuerdo sobre lo fundamental” (Duhamel, Oliver y Cepeda Espinosa, 1997, p.267). Un elemento adicional que se deriva de lo planteado por ellos es que, en términos de derechos, cuando la Constitución prohíbe el desgastado estado de sitio y lo transforma en estados de excepción, está intentando proteger los derechos fundamentales; lo mismo ocurre al prohibir su suspensión en dichos estados y cuando aplica de forma automática el derecho

⁵⁶ En Colombia, señalan los autores, la violencia más que por dinero en las últimas décadas ha sido por el narcoterrorismo que tiene el poder de permear todas las esferas de la sociedad y que entre otras cosas, hizo que la lucha por la igualdad que era el fundamento de los movimientos revolucionarios que dieron lugar a las guerrillas se desdibujara.

internacional humanitario. Todos estos elementos, aunque sin hacer referencia directa al derecho natural racional-histórico, se inspiran en el mismo, en la medida en que pretenden evidenciar que los derechos humanos tienen un fundamento que los hace imprescriptibles e inalienables y los lleva a poder ser protegidos más allá del ejercicio del poder estatal y más allá de los límites del derecho positivo.

Estas situaciones resultan coherentes con lo planteado en la hipótesis del presente texto, dado que pese a los elementos liberales que se derivan de la Carta de 1991 y a sus intentos por des-confesionalizar su fuerza, en términos de derechos, tiene un claro fundamento ius-natural, que además se sustenta en el poder de la Corte Constitucional, que además de invitar al legislador a ser prudente en los estados de excepción, ha sido, como se debe, más sensible en la defensa de los derechos, de lo que fue la Corte Suprema de Justicia en los cien años de control constitucional - aplicación formalista de los mismos - (Duhamel, Oliver y Cepeda Espinosa, 1997).

En igual sentido, se presenta la acción de tutela, instrumento que le proporcionó a los ciudadanos la posibilidad de tener en cada derecho un poder, lo cual refleja el rol del derecho natural desde los derechos de los individuos, dado que no requieren sólo del derecho para ser protegidos, sino que su existencia está previamente garantizada y la justicia se apalanca tautológicamente en ellos: los derechos son justicia y la justicia son los derechos, no siendo posible separarlos y permitiendo afirmar que ellos personifican el deber ser del derecho como herramienta de transformación social en manos de los individuos y todos ellos apalancados a su vez en el *dios ilustrado*.

3.2. El alcance de la Constitución y sus implicaciones desde el Estado social

En este apartado se quiere entender mejor qué es la Constitución y cuál es su alcance. También se aprovechará para revisar conceptualmente la categoría Estado social, desde la propuesta de García-Pelayo. El interés particular es comprender el origen y las implicaciones del poder constitucional para determinar cómo el mismo se circunscribe desde la modernidad en el estado de Derecho y en el Estado Constitucional.

En igual sentido, los textos escogidos, particularmente el de Kelsen y el de Schmitt entran en discusión y permiten entender la trascendencia de la norma constitucional, elemento que nos permite buscar en dicha trascendencia si es posible concebirla desde el iusnaturalismo o cómo se ha sugerido a lo largo del texto, rastrear el derecho natural racional-histórico desde estos planteamientos y ver la gestación del *dios ilustrado* como reemplazo del dios católico, divinidad reinante durante el imperio del estado confesional. También se habla de forma transversal de la importancia de problematizar la justicia constitucional y el alcance de los tribunales constitucionales, temática que se repite en los textos que se estudian, pudiendo señalar que constituyen el eje central no neutral de la teoría constitucional y de las constituciones entendidas como normas fundamentales.

3.2.1. Desde la Constitución y su defensa: la discusión entre Schmitt y Kelsen

No es posible entender qué es la Constitución ni cuál es su alcance, sin acudir a Carl Schmitt, con su texto *Teoría de la Constitución*, texto del autor que permite entender el alcance de la norma constitucional y su fundamento desde el Estado de derecho, así como su origen moderno desde las pretensiones libertarias burguesas, brindando con ello elementos

fundamentales para reconocer cómo se pasa del iusnaturalismo fundado en la divinidad con bases teológicas, a lo que se llama en el presente texto *dios ilustrado*, o lo que sería otra forma de denominarlo, la aplicación de los postulados de la ilustración desde el derecho natural.

Así pues, Schmitt presenta diferentes aproximaciones al concepto de constitución y presenta ejemplos históricos del desarrollo de la categoría. En una primera aproximación, la entiende como un todo unitario, concepto absoluto de constitución que puede implicar cualquier unidad política o la regulación fundamental entendida como el sistema de normas supremas que resultan del deber ser y que emanan del poder constituyente.

Por otro lado, está la constitución entendida como pluralidad de leyes particulares, concepto relativo y formal de la norma de normas. También está la constitución entendida como decisión de conjunto, es decir, modo y forma de la unidad política, concepto positivo de constitución. Así entendida es el resultado del acto del poder constituyente y no permite disolver la norma en leyes constitucionales. Finalmente, se expone el concepto ideal de constitución, cuyo nombre responde a que debe a contar con cierto contenido, derivándose del Estado de Derecho, basado en la libertad burguesa y que implica por lo menos, el reconocimiento de derechos fundamentales, la división de poderes y algún mecanismo de participación del pueblo (Schmitt, 1992).

Posteriormente, Schmitt desarrolla la significación de la palabra ley fundamental o norma fundamental y se circunscribe en el contexto del concepto positivo de constitución, para diferenciarla de Ley Constitucional, que no es ni debería ser equiparable a la primera. También se circunscribe al Estado de Derecho y a los desarrollos modernos y de Europa constitucional. Entonces, habría que decir que la Constitución del Estado de Derecho nace como decisión política unilateral del sujeto del poder constituyente o por convención plurilateral de varios sujetos.

Por su parte, diferencia el autor entre contrato social y pacto social. Al respecto señala que: “[e]l principio democrático del Poder constituyente del pueblo lleva a la necesidad de que la Constitución surja mediante un acto del pueblo políticamente capacitado” (Schmitt, 1992, p.80) que no es otra cosa que la voluntad política cuya fuerza es capaz de decidir sobre la

unidad política. En este sentido, el poder constituyente no estaría vinculado a formas jurídicas ni procedimientos, al actuar desde la propiedad inalienable como voluntad del pueblo Nación, que está en permanente *estado de naturaleza*. Con esto en mente tendríamos que el poder constituyente es el elemento supra-legal de la constitución cuyo poder está sobre la norma misma. Expone Schmitt que

en el poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas (...), no subordinado nunca (...) (Schmitt, 1992, p.97).

Con esta formulación, Schmitt de manera más clara que Kelsen, permite rastrear la forma en que, desde la modernidad, se le da trascendencia al poder constituyente y cómo se convierte para la formación de la norma constitucional en el poder extra-normativo que le da sentido, la justifica, y lo más importante, le adjudica legitimidad democrática, a partir del acto de decisión política fundamental, en el caso colombiano este poder en el caso de la Carta de 1991 fue muy claro y estuvo representado por la Asamblea Nacional Constituyente que por su pluralidad sirve para ilustrar la apuesta que quedó plasmada y que conforme a lo dispuesto en el presente texto se ha denominado constitución pluri-religiosa.

Por otro lado, y desde la teoría de la constitución desde el Estado de derecho y desde el concepto de libertad burguesa, cuando Schmitt habla de los derechos fundamentales, establece que

tienen esta categoría sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado (...) reconoce y protege como dados antes que él (...) Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la Libertad, de las que resultan derechos (Schmitt, 1992, p.169).

Estos serían los que el *dios ilustrado*, con su poder de positizar normativiza y legitima en un título completo de la Carta de 1991 y no siendo suficiente, permite incluir otros no incorporados o que corresponden a desarrollos jurisprudenciales por cuenta del bloque de constitucionalidad los primeros o por el poder atribuido a nuestro tribunal constitucional –

ejemplos de ellos serían el mínimo vital y móvil, principio de derecho laboral y norma pública con rango constitucional que puede ser exigido por tutela para su garantía por su relación con el derecho a la vida -.

Este elemento, también permite rastrear los parámetros extra-normativos que subyacen a la constitución y que continúan permeando el Estado moderno, así su pretensión última sea darle un gran poder a la norma fundamental como creación del poder constituyente y evitar instancias divinas. En otras palabras y para efectos de lo que nos concierne, desde la constitución normativizada gracias al derecho positivo, de carácter moderno, burgués, propia del Estado de derecho y de la democracia, tenemos dos elementos que se pueden rastrear desde el derecho natural: el origen, justificación y legitimidad del poder constituyente y los derechos fundamentales; estos dos aparecen, además, de forma transversal en la mayor parte de textos estudiados.

Por otro lado, es preciso señalar que para Schmitt la política es autónoma y por esto, no se puede subestimar su relación con el derecho ni subyugarla al derecho. El autor señala que el concepto democrático de ley es un concepto político no un concepto del Estado de derecho, pero que es necesario llevarlo a éste con el propósito de hacer de la ley una herramienta contra injusticias y desigualdades.

Ahora bien, con este último elemento es posible pasar a analizar el texto de Hans Kelsen titulado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, que permite realizar una aproximación al alcance de la norma fundamental, desde la teoría jurídica, y ratificar la importancia de las cartas políticas y de las formas en que los estados deberían salvaguardarlas. El autor, además, cuestiona y responde a Schmitt en términos de quién debe ser el protector de la constitución y particularmente a las justificaciones que el primer autor da al régimen autoritario impuesto por la Constitución de Weimar.

Desde el inicio del texto, Kelsen señala que ser defensor de la Constitución significa contar con un órgano cuya función es protegerla contra violaciones. Establece que la constitución es un conjunto de normas determinadas, su “violación” significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción o por omisión (Kelsen, 1931).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Adicionalmente expone que las violaciones a la Constitución pueden provenir de los ciudadanos o de los órganos del Estado, en todo caso, el reclamo, que tiene carácter político y jurídico, responde al principio de máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho, es decir, es la concreción de los principios de legalidad y seguridad jurídica y su discusión se centra en el elemento político de la protección constitucional.

Respecto a dicho elemento político del control de constitucionalidad, expone Kelsen que la función política de la Constitución consiste en establecer límites jurídicos al ejercicio del poder y la garantía constitucional brinda seguridad frente a la no transgresión de ellos. Todo ello blindado por la idea de que nadie puede ser juez en su propia causa (Kelsen, 1931). Kelsen centra su crítica sobre los abusos del poder en la forma en que el monarca y(o) el ejecutivo ha intentado servir como guardianes de la Constitución. En este sentido, señala Kelsen que se presenta una ficción intentando mostrar al monarca y al ejecutivo como detentadores de poderes pasivos.

Kelsen suma a su crítica, otra frente a lo planteado por Carl Schmitt. Señala que éste autor entiende el poder que detenta el jefe de estado como neutral y como idóneo “defensor de la Constitución”, aunque no se haya situado por encima de la Carta sino que se encuentra al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, ignorando que esto es una dictadura y lo hace contradiciendo su posición inicial frente a los peligros de una monarquía constitucional (Kelsen, 1931). Es así como a partir de las críticas expuestas, Kelsen señala que el planteamiento de Schmitt parte de un supuesto erróneo que consiste en asumir una supuesta, pero irreal, contradicción entre función judicial y función política. Así, las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas no serían sino la consecuencia de un acto político.

Entonces, desde la posición de Kelsen, la decisión de los jueces no se limita a aplicar el orden creado por el legislador, sino que implica que toda sentencia judicial es en sí misma política, porque es un elemento de ejercicio del poder y del desarrollo de la justicia. En consecuencia, la visión de Justicia que Kelsen propone es una que incluye lo político:

Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una

capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter “político” que tiene la legislación. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa” (Kelsen, 1931, p.19).

En este contexto se afirma que la labor de los tribunales constitucionales tiene un carácter político mucho mayor que el de otros, dado que es una labor que pretende hacer justicia, pues debe buscar la determinación constitucional, de contenidos dudosos en términos de la propia constitución. Y lo dudoso, no sería otra cosa que una ley que no tiene carácter de ley constitucional (Kelsen, 1931).

En consecuencia, señala Kelsen, desde la posición de Schmitt que, para no admitir el control de la constitucionalidad como jurisdicción, como justicia, el autor se tiene que aferrar a entender que la decisión judicial está contenida en la ley y lo que hace el juez, como autómatas, en palabras de Kelsen al interpretar a Schmitt, es sólo decir la ley. Así, no produce derecho, sino que lo busca en lo que existe y lo encuentra (Kelsen, 1931). En todo caso, destaca Kelsen que las preguntas de Schmitt sobre los límites de la jurisdicción y de la jurisdicción constitucional, son legítimas, pero la forma en que las enmarca es inadecuada. Kelsen también plantea diferencias entre los dos tipos de decisiones de los tribunales, en la medida en que la jurisdicción ‘ordinaria’, sólo plantea la validez de una ley o decreto frente a un caso; mientras que el tribunal constitucional, lo haría frente a todos los casos posibles.

En relación con el procedimiento para examinar la constitucionalidad de una ley, ejercido por el órgano investido de dicha independencia y autoridad judicial, expone Kelsen la diferencia entre la ‘voluntad’ del Estado y la ‘totalidad’ de lo colectivo; diferencia fundamental cuando se piensa en el porqué la Constitución de 1991, a través de su tribunal constitucional, da primacía a los derechos de la minoría LGBTI en los casos del matrimonio y de la adopción igualitarias, en aras de lograr la igualdad material y de evitar que el sentir popular representado por diferentes corrientes religiosas e ideológicas quiera imponerse⁵⁷ y ponga en riesgo que los

⁵⁷ A partir de este planteamiento, se podría elaborar un argumento hipotético en el que se preguntara qué hubiera pasado si el referendo propuesto por la exsenadora Viviane Morales, hubiese sido aprobado por la Cámara de

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

ciudadanos que son partes de estos grupos no sean discriminados y tratados como ciudadanos de segunda respecto a derechos relacionados con su estado civil y con su posibilidad de formar una familia, aplicando a una opción como la adopción que si bien está fundada en la protección de los menores de edad, sigue siendo una posibilidad real para buscar ejercer el rol de padres.

La diferencia desde la interpretación de Kelsen, sería la que existe entre un estado total y uno pluralista; es decir aquella que caracterizó el Reich alemán. Así, para Schmitt, se requiere que haya oposición fuerte entre Estado y sociedad –que lleve incluso a pensar en que la sociedad reemplaza al Estado -, para hablar de pluralismo. Esta asimilación entre pluralismo y estado total le parece a Kelsen no solo sospechosa, sino contradictoria, en la medida en que vincula dos pares de oposiciones antagónicas: Estado y sociedad vs voluntad política autocrático-centralista (Estado) y democrático-descentralista (sociedad) (Kelsen, 1931).

De esta forma, Kelsen lleva su crítica de los conceptos y del alcance dado a los mismos que proviene de Schmitt, al plano sociológico. Ello, porque con la supuesta dualidad se evade lo que realmente ocurre y es que desde el pluralismo la sociedad resiste al Estado y a las tendencias hostiles que ponen en riesgo su existencia y su unidad, mientras que el giro hacia el estado total va en una dirección opuesta: es el triunfo del Estado frente a la sociedad beligerante, que se traduce en la unidad sin cuestionamiento del Estado (Kelsen, 1931), dejando sin peso la posibilidad de que el pluralismo esté presente en el control de constitucionalidad.

Kelsen señala que, para Schmitt, el carácter pluralista del control de constitucionalidad, se presenta para darle la categoría de valores a derechos subjetivos frente a la constitución o

Representantes y se tendría que decir, que posiblemente, habría llegado al estudio de la Corte Constitucional en donde la misma tendría que definir si falla de forma o fondo, llevándonos a la necesidad de pensar en una posible sustitución de la Constitución. Este planteamiento solo se enuncia en esta nota de pie y se desarrollará en el último apartado que se denomina La muerte del dios ilustrado.

al poder del Estado; e interpretar esto como desintegración del concepto de estado está fuera de lugar. En otras palabras, lo que ocurre desde el pluralismo, no es una cuestión de oposición al Estado por medio de derechos subjetivos en el sentido del iusnaturalismo (innatos, independientes del orden objetivo jurídico y político y que se encuentran por encima de ese orden, debiendo por ello ser seguidos por aquel). Lo que ocurre, entonces, es que el derecho subjetivo se transforma en la legitimación procesal de iniciar ante una autoridad central un proceso cuyo objetivo es la anulación de un acto contrario a la constitución y esto no es otra cosa que la preservación del orden estatal; lo cual es opuesto a lo que realmente podría ser la disolución pluralista del Estado que es la invitación de Schmitt (Kelsen, 1931).

Por todo esto, Kelsen se opone a esa subsunción de pluralismo a Estado total, dado que la misma conlleva, en términos de la conformación de un tribunal constitucional independiente que guarde la constitución, a entender que dicho control sólo puede ser ejercido por el gobierno y es por esto, por lo que para Kelsen cualquier interpretación que pretenda ver la Constitución de Weimar como un contrato o un compromiso, deben rechazarse por vulnerar el espíritu de la norma de normas. Y tampoco se podría sostener, como pretende Schmitt, que el jefe de estado es más independiente y neutral que la justicia y la burocracia (Kelsen, 1931).

En síntesis, tenemos que Kelsen centra su análisis en presentar los elementos que deben fundamentar un tribunal constitucional independiente. Para lograr lo anterior, realiza una crítica exhaustiva sobre lo que al respecto señala Schmitt y evidencia cómo su aproximación termina por justificar los peligros y riesgos que encarna la Constitución de Weimar.

Así mismo, al establecer al gobierno y(o) jefe de estado como guardián de la constitución, termina avalando el Estado total; un estado cuyo poder no se cuestiona pues todo cuestionamiento sobre el mismo resulta tautológico porque quien puede cuestionar la constitución que se supone lo encarna, no es nadie diferente a quien ejerce el poder de forma ilimitada, lo cual va en completa contravía con asumir la protección de la constitución desde un órgano que con sus decisiones jurídico-políticas, sea capaz de frenar el poder ilimitado de cualquier poder que proviene del estado, o incluso, al estado mismo.

Con esta crítica, Kelsen deja claros varios puntos: la constitución requiere un órgano independiente de ella y de los órganos del poder público que pueda revisar las cuestiones de constitucionalidad; así mismo, este órgano debe proteger a la sociedad en general de posibles abusos del poder. Los jueces y en particular los de carácter constitucional, no tienen un rol meramente exegético sino un *rol político* que se subsume en su poder de crear derecho, a través de las decisiones judiciales que son políticas y que en materia constitucional buscan preservar la justicia.

Para el autor, la noción de justicia no es iusnaturalista como no lo es el derecho, pero la construcción de derecho desde los jueces es una labor que da contenido a las normas y en esa medida las impregna de una noción de justicia normativamente constituida. En palabras de esta investigación, la negación kelseniana sobre el carácter iusnaturalista de la noción de justicia, no es realista, pues los jueces en su tarea de revisar la constitucionalidad de las normas y de proteger la carta política de posibles abusos del poder, requiere de criterios de carácter extra-normativo que permitan conservar o devolverle el espíritu a la norma de normas.

Estos parámetros de forma concomitante con lo planteado por Uprimny y con los demás autores escogidos para contextualizar la constitución, evidencian que las normas fundamentales no valen por si mismas ni en soledad. En efecto, hacen parte de un articulado normativo, de principios y valores que van más allá de ellas y que, como lo expone Kelsen en el caso del tribunal constitucional, deben crearse. Es decir, la norma de normas tiene que llenarse de contenido; contenido acorde con la constitución. Su lectura, su alcance y sus límites son construidos por quienes hablan de ella y por los valores que la inspiran, incluso si esos valores, en términos kelsenianos, son procedimentales y normativos y no iusnaturalistas, aunque como ya se señaló asumir la neutralidad iusnaturalista de una constitución o de un tribunal constitucional es ingenuo.

3.2.2. Una aproximación al Estado social

Manuel García-Pelayo, en el texto *El Estado Social y sus Implicaciones. En: Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, presenta un análisis sobre el Estado social que

permite complementar el propósito del presente apartado. Lo primero que habría que decir es que esta categoría surge frente a la insuficiencia del Estado bienestar y frente a los problemas de los estados autoritarios. Señala el autor que el Estado social significa históricamente la adaptación del estado tradicional, es decir el Estado liberal burgués, a las condiciones de la sociedad industrial y postindustrial (García - Pelayo, 1996). En este sentido, cuenta con la experiencia previa que le permite decir que cualquier intento que deje a la sociedad al arbitrio de sus mecanismos auto-reguladores, conduce a la irracionalidad. Por esto el estado debe desarrollar técnicas para regular el sistema social. Así, para García – Pelayo el sistema estatal y el social, pese a ser sistemas autónomos, deberían a su vez ser considerados parte de un meta-sistema más amplio que les permite complementarse.

Es importante tener en cuenta que los valores del Estado democrático-liberal – libertad, propiedad, igualdad, seguridad jurídica y participación ciudadana desde el ejercicio del sufragio -, no se dejan de lado con el Estado social, sino que por el contrario éste “pretende hacerlos más afectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse uno sin el otro”(García - Pelayo, 1996, p.26). Por su parte, en el Estado social se transforma la necesidad de lograr justicia conmutativa – a cada cual lo que le corresponde, conforme a la igualdad formal de la ley, sin mencionar derechos concretos -, por una visión de justicia distributiva – con distribución de bienes jurídicos con contenido material, lo cual requiere un esfuerzo interpretativo que involucraría, en términos de esta investigación, al derecho natural.

En este contexto, entraría a jugar la hipótesis del presente texto en la medida en que cabría preguntarse si el derecho por sí mismo, expresado a través de la ley, no puede brindar contenido a esos derechos y es claro que el Estado social ve dicha insuficiencia ¿de dónde saldría el fundamento para dicho contenido material? Y una posible respuesta, sería del derecho natural racional-histórico, que permite ir en busca de elementos jurídicos no positivizados que permiten hablar de derechos humanos y fundamentales en desarrollo y en constante cambio, que se adapten a las circunstancias históricas y sociales y que realmente puedan servir para que los individuos cuenten con condiciones vitales mínimas y con una superación de las desigualdades económicas y sociales, de dignidad humana, que el autor

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

define como el espacio vital “efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control”(García - Pelayo, 1996, p.27).

Por otro lado, resulta importante que en el Estado social, no sólo importa el individuo como sujeto de derechos abstractos, sino que importa el individuo en su realidad social y cultural, es decir, en sus condiciones de identidad particular – vulnerabilidad, realidad socio-económica, etnicidad, religión, entre otras circunstancias, que determinan sus intereses y formas de aproximarse el mundo y de realizarse -, lo cual permite hablar de la unidad que se requiere entre Estado social y comunidad nacional. Esta idea de identidad particular, sirve además para pensar en la apuesta pluri-religiosa que no pretende darle neutralidad a la Constitución, como ocurriría en el caso de la apuesta laica, sino que pretende garantizar la expresión de las creencias y su igualdad en el escenario público, como se deriva de la Carta de 1991, al buscar la protección de dios en el preámbulo que no es otra cosa que el deber ser de la norma de normas y en la declaración de la libertad de credos, considerada como derecho fundamental y en esta medida, norma de protección prevalente e inmediata.

Así y con el propósito de lograr la pluralidad de grupos e intereses antagónicos, el Estado tendría que asumir la responsabilidad de transformación en derecho de tres postulados ético-sociales: 1. La obligación de los individuos frente a sus derechos – el derecho de un individuo termina donde empieza el del otro; 2. Obligaciones sociales de los individuos frente a la generalidad – aunque no lo menciona García-Pelayo, se considera que, por ejemplo, los impuestos estarían en esta categoría; 3. Deber de asistencia social, que hoy se denominaría deber de solidaridad, pero también incluiría elementos como la promoción de la cultura y el mantenimiento de la paz; todos estos elementos se encuentran, en efecto, protegidos por la Constitución de 1991.

Finalmente, conforme a lo planteado por el autor y en coherencia con lo establecido en el presente texto, es necesario relacionar el Estado de derecho con el Estado social, y esto solo se logra a través del Estado constitucional. El Estado de derecho es el que permite contar con un equipamiento para limitar el poder del estado y garantizar jurídicamente los derechos

de los individuos y en este sentido actúa como una guía para la acción política susceptible de concretarse desde diferentes ámbitos porque habla de derechos sociales. Esto es relevante para la tesis que se sostiene en el presente texto en la medida en que ya no se puede concebir que el estado se centra únicamente en el derecho – la ley -, siendo éste, sólo uno de los medios de gestión. Por otro lado, estaría la justicia distributiva material que sólo puede actualizarse por medio de la eficacia de políticas y de las prestaciones sociales. Así, el control de la legalidad constituye una dimensión del control estatal y para lograr hacer justicia y concretar los derechos se requieren elementos y una racionalidad que vaya más allá del derecho positivo y que tenga elementos éticos y políticos, que, por el momento, encontramos en el derecho natural, pues su carácter histórico y su pretensión de racionalidad que proviene de las revoluciones francesa y norteamericana le dieron un carácter que va más allá de la divinidad perteneciente a una religión y que pertenece al escenario en constante construcción del *dios ilustrado*.

3.3. La Constitución: desde lo teórico hasta la práctica

En este apartado, se quiere ver cómo la teoría de la Constitución se traduce en términos de la construcción de acuerdos y desacuerdos, así como en la protección frente a los casos de desigualdad desde el constitucionalismo y desde las diferentes formas de libertad. Estas concreciones desde la constitución dan fuerza a los elementos previamente señalados, entre ellos, el que plantea la necesidad de llenar de contenido la carta política, no sólo en términos del significado material de los derechos sino en términos de las normas constitucionales que se desarrollan con las decisiones judiciales y con la labor de los tribunales constitucionales.

3.3.1. Una aparente obviedad: De la desigualdad a la igualdad

Roberto Gargarella en su texto *Los fundamentos Legales de la Desigualdad. El Constitucionalismo en América (1776-1860)*, realiza un estudio detallado sobre el origen del pensamiento constitucional americano y particularmente sobre la forma cómo se presentaban las ideas liberales y conservadoras en el desarrollo del constitucionalismo, cuyo eje transversal era el mayor o el menor grado de igualdad de las propuestas constitucionales, lo cual se

relaciona con la pretensión de rastrear el derecho natural y de revisar el Estado y las constituciones a la luz de elementos propios de la laicidad, la confesionalidad, y quizás de la pluri-religiosidad.

Gargarella señala que Estados Unidos, al igual que la mayor parte de países de América Latina, han estado profundamente influenciados por el pensamiento liberal. A esta afirmación vale la pena agregarle una precisión: esto es cierto teóricamente porque en términos prácticos habría que considerar elementos adicionales, como la influencia de la Iglesia Católica así como los rasgos diferenciadores en el ejercicio constitucional y político, como se describió previamente en el estudio realizado sobre los textos históricos mencionados en la presente investigación. En palabras del autor, “los liberales latinoamericanos debieron recurrir habitualmente a la ayuda del conservadurismo para ganar la estabilidad que parecían incapaces de conseguir por sus propios medios” (Gargarella, 2005, p. 247). No significa que en Estados Unidos no haya existido el discurso conservador, sino que el liberal tenía bases más fuertes. El éxito del liberalismo se debe, entre otras cosas, a que se encuentra en una posición intermedia políticamente: “ni anarquía ni tiranía”, es decir, su bandera era el equilibrio, basado en dos elementos básicos mencionados previamente y con incidencia transversal, los frenos y contrapesos – para evitar abusos del poder - y las declaraciones de derechos – para proteger al individuo del Estado - (Gargarella, 2005), elementos que además se sustentan mejor desde una perspectiva liberal.

En este escenario, destaca Gargarella, existen elementos comunes entre los dos modelos: el conservador y el liberal, apreciación que favorece la tesis planteada en el presente texto en la medida en que es posible pensar en una combinación de modelos en donde lo confesional, o como en el caso colombiano lo pluri-religioso, puede tener lugar, aunque el estado sea principalmente liberal. Así, se tiene que las dos posturas favorecen la institucionalidad y el Estado de derecho. Para el autor, las dos posturas – o modelos - rechazan el activismo político mayoritario, favoreciendo en cada caso una forma de elitismo político y el parámetro de defensa por la propiedad privada, dejando a dios y a la moral en un segundo

plano. Esta última afirmación resulta cuestionable, y lo que debería señalarse es que se encubrió su presencia, pero sin que dejar de existir y de determinar muchos de los elementos básicos en la definición constitucional y estatal tanto de Estados Unidos como de Latinoamérica, como se revela en otros de los textos estudiados.

Por otro lado, señala Gargarella que para entender el proceso americano es fundamental comprender el enfrentamiento con el radicalismo; fantasma que se quería combatir con una fuerte lucha por dar prioridad a la institucionalidad y a las salidas jurídicas más allá de aquellas de orden mayoritario y a dejar fuera de los debates constituyentes cuestiones sociales. En efecto, la debilidad de las propuestas mayoritarias radicaba sobre todo en que las mismas no reflejaban la necesidad de evitar abusos del poder. Como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que los radicales no supieron mostrar una posición sólida en relación con la defensa de los derechos, circunstancia que debilitaba sus posibilidades políticas.

Por otro lado, con respecto a la igualdad que es el eje del texto de Gargarella, los liberales fueron más exitosos que los conservadores y, obviamente, que los radicales, en la medida en que lograron defender la moral privada desde la idea de igualdad básica que unía a las personas, dando la posibilidad de que cada individuo tomara la decisión sobre qué hacer con su vida. Y en efecto, en Estados Unidos, este parámetro fue el muro que permitió con mucho más éxito que en América Latina, separar al Estado de la Iglesia; separación que implicaba que ningún poder público debería interferir en los planes de vida de las personas que se consideraban en capacidad plena e igual de decidir qué era lo mejor para ellos (Gargarella, 2005). Pero esta doble pretensión: igualdad individual y auto-determinación colectiva, llevan a Gargarella a afirmar que la propuesta del liberalismo es insuficientemente igualitaria, simplemente porque contiene una contradicción.

Frente a lo anterior, la propuesta de Gargarella es el *igualitarismo*, que parte del supuesto básico de individuos entendidos como sujetos libres e iguales, que no tiene por qué

acordar todo colectivamente, sino que los acuerdos públicos serían únicamente sobre aquellos temas de interés prioritario para la comunidad. Así, al *igualitarismo* lo que le importaría es acceder a la voluntad pública y esto requiere de un fuerte proceso de depuración. Es claro entonces, que esta propuesta tiene efectos en la mirada constitucional, pues ella tiene que proponer los límites en cuanto a decisiones colectivas, modalidades y sujetos participantes.

Respecto al tema de los derechos, al *igualitarismo* le importan los menos favorecidos que desde el liberalismo y desde el conservadurismo quedan relegados frente a la posición de los que están mejor situados socialmente. Así, el *igualitarismo* entraría a decir que nadie debe ser beneficiado o desfavorecido por hechos que no están bajo su control, como una imposición estatal que les impida realizar su proyecto de vida y en consecuencia lo que debería evitar es que las desventajas naturales se transformen en desventajas sociales – vg. la pobreza -. Y en últimas, la pretensión del *igualitarismo* pretende enfrentar las dos debilidades constitucionales de los otros dos modelos: la falta de compromiso conservador con el postulado de igualdad básica y el desdén del liberalismo frente a la voluntad mayoritaria.

En términos constitucionales, este modelo estaría encaminado a adoptar y a proponer una defensa de una lista de derechos, que, en términos del autor, se enfrenta a sociedades que difícilmente respetarían los ideales propios del modelo, siendo un proyecto constitucional difícil de concretar. Con esto en mente, el texto de Gargarella deja un escenario de preguntas y algunos elementos analíticos para entender que cualquier modelo político o constitucional resulta insuficiente, si para su puesta en marcha no está acompañado de otros parámetros de interpretación que van más allá de lo que los acuerdos y los derechos pueden brindar, por esto acudir a planteamientos del orden del derecho natural podrían ayudar y de hecho, se considera en este texto que están presentes en la interpretación de la Carta Política colombiana y ayudan en esta tarea.

3.3.2. Los desacuerdos y la ingenuidad en el iusnaturalismo: crítica a la hipótesis

Jeremy Waldron en el texto *Derecho y Desacuerdos*, desarrolla un capítulo titulado *La irrelevancia de la objetividad moral*. En este comienza por señalar que existen desacuerdos sobre los principios, lo cual no significa que no existan respuestas correctas para las discusiones sobre los mismos. Expone que “[d]e las diversas concepciones de la justicia y [de] los derechos existentes en nuestra sociedad, no hay duda de que algunas son más aceptables que otras. De hecho, con toda, seguridad, algunas son verdaderas y otras falsas” (Waldron, 2005, p. 195); premisa que contrasta de forma tajante con lo planteado por algunos de los teóricos que hablan sobre la teoría de la argumentación jurídica.

Sin embargo, el autor aclara que no comparte la ambigüedad moral y que tampoco quiere menospreciar la objetividad *entendida como equidad, imparcialidad o justicia*, términos que conforme a lo expuesto, cambian de sentido contextualmente y se llenan de contenido con elementos que van más allá del derecho positivo. Por su parte, Waldron quiere cuestionar la objetividad *entendida como la posibilidad de entender que algunos juicios morales son objetivamente verdaderos y otros objetivamente falsos*. Es decir, Waldron no comparte la pretensión básica de los realistas morales que se diferencia por completo del realismo jurídico.

La precisión conceptual expuesta en el párrafo anterior, además de ser el eje del planteamiento de Waldron que se escogió analizar, nos sirve también para cuestionar la asociación apriorística que se presenta, sin cuestionamiento, entre: 1. El derecho natural y un Estado de corte confesional y 2. El Estado laico y una separación, con pretensión de *objetividad*, indisoluble con el derecho natural. Esta asociación parecería inducir a asumir que el confesionalismo y el derecho natural son pre-modernos, pre-ilustrados, pre-constitucionales en términos de la garantía de derechos, aunque a lo largo del presente texto se ha querido evidenciar lo contrario, es decir: que es posible justificar el Estado moderno, liberal, ilustrado, constitucional, de Derecho y Social, desde justificaciones de corte iusnaturalista. Por supuesto, no se quiere traer una conclusión ingenua desde la que se asume que el derecho

positivo no tiene valor o que todo el valor jurídico radica en pretensiones de orden natural, pero si se quiere establecer que las justificaciones morales que están ancladas a los derechos, a la Constitución y a la pretensión de justicia, cualquiera que está sea, tienen fundamentos y se auto-justifican desde el ius-naturalismo.

Por otra parte, Waldron señala que posiblemente la visión positivista que pretende separar tajantemente derecho y moral, como la de Kelsen, está fundada en la idea de hacer del derecho una ciencia objetiva. Pero el positivismo se divide, a su vez, en diferentes corrientes: positivismo descriptivo y positivismo normativo⁵⁸. Frente al segundo, habría que decir que la pretensión de Waldron es que el derecho debe reformarse para erradicar decisiones morales de jueces y funcionarios por ser arbitrarias⁵⁹, lugar en donde se encontrarían, y la razón para ello sería que sólo el pueblo o los legisladores pueden dar legitimidad política a las decisiones y por esto, los jueces no deberían determinar los principios y valores sociales.

Aquellos que discrepan de los positivistas normativos se definen, a veces, como defensores de la idea del derecho natural que niega que el derecho consista sólo en normas positivas, acá se ubicaría la autora del presente texto, asumiendo que tanto el concepto de derecho como la aplicación de leyes implican inevitablemente el uso de principios y valores morales y niegan que haya algo arbitrario o indeseable en las decisiones morales de los jueces, pues ven como positiva la introducción de principios y valores en las vida pública (Waldron, 2005). Sin embargo, es importante tener claro que el escepticismo moral no es un

⁵⁸ En relación con la definición y corrientes positivistas es importante considerar, además, lo que al respecto señala Nino y que se ha mencionado previamente en la presente investigación.

⁵⁹ Para Waldron, desde el derecho contemporáneo, se pueden rescatar, por lo menos, tres sentidos de la palabra arbitrariedad: impredecibilidad, carente de razonamiento (decisión por capricho o a partir de un prejuicio) y ausencia de legitimidad política y democrática.

presupuesto ni una intención del positivismo; incluso se podría llegar a entender como una trivialización del mismo en muchos escenarios.

La posición de Waldron, por su parte, consiste en que la toma de decisiones morales en el derecho resulta arbitraria en cualquiera de los sentidos que se derivan del término. Es decir, no es posible tomar decisiones jurídicas desde juicios morales por los riesgos que se derivan de la impredecibilidad, la irracionalidad y la falta de legitimidad política y democrática. Para entender lo anterior es preciso partir de la idea de que siempre habrá desacuerdos morales, y no sólo morales sino sobre los principios que inspiran dichas decisiones morales.

En todo caso, la crítica de Waldron es realmente contra los realistas y no contra los iusnaturalistas, pero señala que la única explicación que encuentra el autor frente a la visión iusnaturalista en este tema, radica en asumir que estuvieron seducidos en pensar que los hechos actuarían como límites frente a la arbitrariedad de la decisión judicial, pero los hechos, señala el autor, no son pequeños dioses “que apresan al que toma una decisión impidiéndole decidir caprichosamente o dictándole ellos mismos la decisión por alguna vía ineludible” (Waldron, 2005, p. 222). Este planteamiento se complementa con el hecho de que los jueces, aunque lleguen a decisiones contrapuestas, siempre están buscando la decisión correcta, pero, como señala Waldron son los desacuerdos morales, y no la subjetividad moral, los que ocasionan temores sobre la moralización judicial y como el realismo no tiene casi nada que decir sobre cómo resolver los desacuerdos morales, no tienen mucho que ofrecer para enfrentarlos.

Sin embargo, y pese a la mencionada ingenuidad de los iusnaturalistas, parecería que ellos - ¿o nosotros? - por lo menos estarían dispuestos a entender que, aunque no se quiera o no sea deseable, los juicios y desacuerdos morales estarán presentes en la decisión judicial. Por esto y con el propósito de evitar arbitrariedades es preciso contar con reglas – como las definen Alexy o Atienza – que brinden límites concretos. También sería importante empezar a determinar las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural, más que sus

diferencias. Aun así, Waldron cuestiona la moralidad en el mundo del derecho y en consecuencia la respuesta que los iusnaturalistas pueden dar frente a su presencia en las decisiones judiciales, dejando preguntas y contra-argumentos fundamentales que seguramente continuarán presentes en el debate sobre qué es el derecho, qué abarca y cuáles son sus posibles límites.

3.3.3. Versiones sobre la libertad

En el libro de Isaiah Berlin, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, se presentan varios textos elaborados por el autor en diferentes momentos. Se escogió uno de ellos, denominado *Dos conceptos de libertad*, del que se tomarán algunas ideas. Un elemento importante que señala Berlin y que resulta analógico a lo planteado por Waldron es que no hay acuerdo sobre los fines. En efecto, si existiera sólo nos dedicaríamos a los medios y todo sería una cuestión técnica, pero nuestro mundo es de hombres y no sólo de procedimientos administrativos. Por esto, el ámbito de la política resulta relevante y requiere no sólo de las fuerzas sociales que lo mueven sino de las ideas que le dan dirección.

A partir de este planteamiento, surge para Berlin el cuestionamiento sobre la libertad, porque su alcance requiere plantear límites a la acción de los individuos y del Estado. Así la pregunta sería: si coaccionar a un hombre es privarle la libertad, entonces ¿cuál es la libertad de la que se le priva? Para responder a esta pregunta intenta entender dos de los múltiples sentidos que se le pueden dar a la palabra. El primero de ellos, es *freedom o liberty* desde la política, que en la propuesta del autor se entienden como sinónimos y que parten de la pretensión negativa de libertad, ámbito en que al sujeto (persona o grupo) se le permite hacer lo que puede llegar a hacer, sin que en esto interfieran otros. El segundo sentido es el que se conoce como libertad positiva y pretende responder a qué o quién es la causa del control o interferencia (Berlin, 1988).

En palabras de Berlin, la libertad política o negativa es el ámbito en donde una persona puede actuar sin ser obstaculizado por otros y sólo se carece de libertad política si otras personas le impiden a quien está siendo constreñido conseguir un fin. Este término y su alcance presenta límites desde la realidad económica pues ofrecer derechos políticos y protección frente a la intervención del Estado a hombres que no tienen las condiciones básicas para realizar los fines de su propia vida resulta casi insultante⁶⁰. Esta pretensión abstracta de libertad es la que acompaña al liberalismo; aunque su pretensión no era diferenciar por condiciones sociales o económicas, la crítica de que es objeto se relaciona con este cuestionamiento.

Lo que realmente concierne al autor, y que se relaciona con el propósito del presente texto, es que, entender la libertad de forma negativa, nos lleva a asumirla como un valor sagrado e intocable, pero si es así cuál sería el principio para limitar la libertad de unos a favor de otros, y esta definición es la que es conflictiva, aún más si trata de ser universalmente exigible, por lo tanto, hay que buscar un compromiso práctico.

Así, encuentra Berlin que toda defensa de la libertad en sentido negativo consiste en prevenir la interferencia de los demás, incluyendo la defensa de las libertades civiles y de los derechos individuales, que tienen fundamento en una concepción individualista del hombre y que nos permite llegar al eje del planteamiento de Berlin que consiste en que no hay que buscar el fundamento de la libertad, sino entender que ella en sí misma es fundamento de muchos de los elementos constitutivos de la sociedad.

Respecto a la libertad positiva, es preciso comenzar por aclarar su diferencia con la negativa. La última responde a la pregunta sobre los límites de la interferencia en la libertad individual, y la positiva, a la pregunta de quién es el que puede imponer estos límites. En la

⁶⁰ O lo que han denominado autores como Amartya Sen: paradoja de la libertad.

libertad positiva, está también el deseo del individuo de ser su propio dueño, lo cual lleva a los defensores de la negativa, a pensar en la positiva como un escenario propicio para la tiranía (Berlin, 1988). Así, aunque las dos libertades llevan a la pregunta de hasta dónde el individuo puede actuar sin interferencia de terceros y sin límites, el desarrollo histórico de cada una tomó direcciones diferentes y en el caso que nos ocupa, la libertad positiva implica señalar que a veces resulta justificable coaccionar a los hombres para lograr un fin particular, por ejemplo, la justicia; siendo posible ubicar al Estado como posible ente limitador, investido del poder que le da el poder constituyente, y la necesidad de limitar a ese yo que quiere ejercer su libertad bajo cualquier circunstancia, como justificación del límite.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala Berlin que en una sociedad ideal la libertad coincide con la ley y la autonomía con la autoridad. Esto implicaría pensar en individuos responsables, que incluso con el tiempo ya no necesitarían de las leyes. Pero la realidad es otra. Evidentemente en todo esto la educación juega un rol fundamental, pero no se puede esperar que el mundo ideal se incorpore de forma racional. Por su parte, muchos teóricos como Kant han considerado que la autodeterminación es una forma del uso de la razón que es natural al individuo y de la que debe darse cuenta⁶¹, pero de lo expuesto por Berlin, se puede asumir que, de hecho, más que buscar la justificación de la libertad positiva y negativa, lo que se encuentra es que la libertad del individuo en los dos sentidos es un criterio para dar vía a otros de los derechos, pretensiones y fines sociales.

En otras palabras, ya no es cuestión de responder solo a las dos preguntas iniciales sino de entender el rol que juega la libertad y encontrar en ella un elemento normativizado pero extra-jurídico, un contenido material del derecho, que proviene del iusnaturalismo; y

⁶¹ ¿En su texto que responde a la pregunta sobre Qué es la Ilustración? De 1784 (<http://www.columbia.edu/acis/ets/CCREAD/etscc/kant.html>), Kant habla de la mayoría de edad como la pretensión de libertad a la que debería llegar cualquier ser humano en su esfuerzo por darse cuenta y salir de las cadenas impuestas por terceros.

siguiendo a Berlin, entender la libertad para elegir fines sin pretender que tenga validez eterna, y a partir del reconocimiento del pluralismo de valores. En consecuencia, la libertad, no dejaría de ser sagrada, por no poder garantizar su duración ni su inmutabilidad y pretender más sería un síntoma de inmadurez política y moral (Berlin, 1988). Por supuesto, su carácter sagrado no estaría dado por un dios perteneciente a una corriente religiosa particular, sino que podría ser y de hecho estaría en la legitimidad que le otorga el *dios ilustrado*.

Capítulo 4. La argumentación jurídica, la interpretación judicial y su rol en la definición de estado y del derecho

En este capítulo se intentó responder a la pregunta por el alcance de la argumentación jurídica y de la interpretación judicial a la luz de la definición de valores y principios constitucionales y establecer si dichos elementos podrían incidir en la comprensión de nuestra Carta Política desde el derecho natural y desde una apuesta pluri-religiosa o laica, que en este punto sería la dualidad del debate pues se ha ido decantando la diferencia entre la Carta de 1886 y la presente respecto a la apuesta confesional católica que ya no existe. Así, se afirma que la comprensión de la Constitución colombiana está permeada de valores que han definido a lo largo de la historia la primacía de lo confesional sobre lo laico o viceversa; y ahora la apuesta pluri-religiosa, cuya existencia se asume como tesis de la presente investigación y cuyo fundamento es el *dios ilustrado*. Esta aproximación implica que el derecho natural actúa como un elemento que permite sustentar los derechos que se protegen y el alcance de dicha protección.

No sobra enfatizar en que el eje de este capítulo consistió en analizar los elementos que se relacionan con el derecho natural como reto al positivismo jurídico y al supuesto desde el que se asume que el derecho reglado si es válido se auto-contiene y no requiere de elementos extra-normativos para su justificación. En este marco analítico, se quiso indagar sobre la presencia del iusnaturalismo en la argumentación jurídica y en la interpretación judicial, en general, y en el caso colombiano, en particular; pues solo a través de la argumentación y de la interpretación de la Carta Política es que ella adquiere vida y se puede adaptar a las necesidades reales de los individuos que son sujetos racionales e históricos, aplicando las corrientes iusnaturalistas racional e historicista.

De esta forma, se a lo largo del capítulo se evidencia que el derecho natural, la moral, los valores y los principios están presentes en el derecho constitucional, aunque se presentan límites frente a su presencia, tal como ocurre con su aceptación como fuente formal de derecho. Sin embargo, su presencia no se niega, sino que implica preguntarnos cuál es su papel en el constitucionalismo y en las decisiones constitucionales, espacios en donde fue posible rastrear su presencia.

Por otro lado, resulta importante entender que la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral. En esta medida, intentar separar el derecho de la moral resulta un esfuerzo innecesario que desconoce la realidad. El acto de argumentar jurídicamente es un acto humano y la decisión judicial como acto de seres humanos implica que un conjunto de valores y principios están en juego. Esto no significa que el derecho natural o que cualquier decisión moral valga en el mundo del derecho, pero si significa que entender que el derecho positivo le da unidad e integridad al sistema jurídico es poco realista, siendo necesario acudir a otro tipo de fundamentos extra y previos al derecho positivo; siendo fundamental entender también que la justicia constitucional, más que cualquier otra, es la que da fuerza viviente a la transformación del Estado y de los derechos.

4.1. La argumentación jurídica, el derecho natural, la definición de Estado y de Constitución

En este apartado se quiere entender por qué la argumentación jurídica, y particularmente la que proviene de los jueces y de los tribunales constitucionales resulta fundamental para el derecho y cuál es su repercusión en la definición de instituciones jurídicas como el Estado y la Constitución y en consecuencia su afiliación a valores éticos particulares, que para el caso que nos atañe se ubican en categorías como confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad, además intentando entender cómo los mismos se presentan desde las ideas del derecho natural.

4.1.1. Los límites de la argumentación jurídica

En primer lugar tenemos el texto de Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación* (Atienza, 1997). De este texto se resalta: 1. La propuesta en teoría de la argumentación planteada por el autor, que resulta interesante para entender qué es el derecho desde una perspectiva interpretativa y constructiva; y 2. Su esfuerzo por reconstruir uno de los salvamentos de voto de la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana, que permite tomar elementos que se relacionan con la tesis planteada en la presente investigación.

El autor comienza por explicar tres enfoques para entender el derecho como fenómeno complejo: El primero es el *estructural*, que es el propio del normativismo jurídico y desde el que se estudian los componentes - del denominado por autor de esta forma - *edificio jurídico*, que son las normas; perspectiva insuficiente para entender los aspectos dinámicos del contexto y la funcionalidad del edificio que sería el derecho, expone Atienza. El segundo de los enfoques habla particularmente de la *funcionalidad* del edificio, es decir, para qué sirve cada uno de sus elementos y qué lugar ocupan en el engranaje completo (enfoques realistas y sociológicos) y la definición del derecho implicaría que no se trata sólo de lenguaje (que serían las normas) sino de realidad social. La tercera perspectiva se encarga de entender los requisitos para hacer el edificio modelo; acá estaríamos frente al enfoque valorativo del derecho, es decir, la visión iusnaturalista. En este se ubicaría la presente investigación.

Para Atienza, estas tres dimensiones entienden el derecho desde una triada compuesta por la validez (derecho como norma), la eficacia (derecho como hecho) y la legitimidad (derecho como valor) (Atienza, 1997). Es así como el texto de Atienza, al igual que en el de Habermas referido previamente, nos sirven para entender que en el análisis planteado en el presente texto, estamos pensando en la justificación de la legitimidad del

derecho, que por supuesto se ha pretendido relacionar con la validez (definición de norma) y con la eficacia (quiénes construyen la realidad sobre la norma fundamental, que en el caso colombiano sería la Corte Constitucional, enfrentándose incluso al sentir popular⁶²). Con esto en mente, Atienza construye su propuesta que consiste en pensar en un cuarto enfoque que entiende el derecho “como una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos” (Atienza, 1997, p. 23). Es decir, se asume la disciplina jurídica de forma instrumental, pragmática y dinámica, que lleva a entender el derecho como argumentación. Esta sería, en términos de la metáfora planteada por el autor – el edificio –, la perspectiva del arquitecto del edificio, que participa activamente en su construcción.

Por otro lado, Atienza intenta aproximarse desde tres concepciones a la definición de argumentación y explica que, en términos generales, se puede establecer que este ejercicio contiene por lo menos, los siguientes elementos: un producto lingüístico, una conclusión, premisas y una relación entre éstas y la conclusión. Respecto a las tres concepciones, el autor señala que son consecuencia de la forma en que se interpretan los elementos mencionados. Así, para los lógicos se trataría de un encadenamiento de proposiciones que, si cumplen con la forma, resultan en un argumento deductivamente válido. La segunda aproximación se denomina *concepción material* y se encuentra en el razonamiento jurídico, en las justificaciones internas y externas; y finalmente, la tercera aproximación que se denomina *pragmática o dialéctica*, entiende la argumentación como una acción, una actividad, un proceso que se rige por determinadas reglas lingüísticas. La argumentación así entendida es lenguaje y como no se puede abstraer de los sujetos que argumentan, se considera que avanza desde el consenso. Estas tres concepciones deben ser entendidas como complementarias. Por su parte, para el autor, una teoría de la argumentación no se debe limitar a entender los buenos argumentos, sino que debe ser

⁶² El caso de los manuales de convivencia, es un ejemplo, en el que pese a lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T-478 de 2015 (orden la Ministerio de Educación de revisar los manuales de convivencia escolares y generar estrategias para evitar discriminación, particularmente por la orientación sexual, en los colegios), ganó el sentir popular y la decisión del tribunal constitucional aún no ha sido implementada; incluso en la presente investigación se ha afirmado que el debate se cerró por orden del ejecutivo.

capaz de reconocer los malos argumentos que parecen buenos (las falacias) (Atienza, 1997).

Posteriormente, el autor pasa a analizar el caso de la aprobación del consumo de drogas, conforme a la decisión de la Corte Constitucional colombiana de mayo de 1994. Ello, para entender cuáles serían los límites de la argumentación jurídica, conforme a los planteamientos elaborados por la Corte. Luego del análisis exhaustivo que realiza Atienza sobre los planteamientos elaborados por el tribunal y por los magistrados disidentes, el autor aplica los elementos de su teoría de la argumentación en un intento por realizar una mejor estrategia argumentativa para rechazar la tesis dominante y defender los salvamentos de voto.

Al respecto, lo primero que se aclara es que el intento por separar lo jurídico de lo moral, en aras de mayor seguridad en el razonamiento jurídico del salvamento de voto de uno de los magistrados, es simplemente imposible. Atienza retoma lo que plantea Nino, cuando establece que el razonamiento jurídico justificativo, aquel de índole judicial, tiene siempre carácter moral. En efecto, se trata de un juicio normativo aceptado por el juez y esta aceptación solo se puede justificar en una norma moral. Entonces para Nino, en palabras de Atienza, la argumentación jurídica es un caso particular de argumentación moral (Atienza, 1997) y en el caso particular de la tesis, esto implicaría la imposibilidad de entender la Constitución Política sin esos elementos valorativos que provienen del derecho natural y que se normativizan, gracias al *dios ilustrado*, que como se viene señalando le da carácter positivo a los valores, principios y derechos, sobre todo los fundamentales.

En igual sentido, menciona el autor, que no es cierto que sólo el dato dogmático de derecho positivo tenga vocación para dotar a los fundamentos del fallo de universalidad legitimadora. De hecho, negar la vocación de universalidad de la moral, sería reducirla al subjetivismo o particularismo, que iría en contravía frente a una visión iusnaturalista,

tomista. De esta forma propone Atienza que lo que se requiere frente a la Sentencia es reinterpretarla, reconvertirla en una tesis moral, que está presente en un apartado particular de la sentencia: “que el derecho positivo no debe castigar penalmente conductas que no implican daño para otro” (Atienza, 1997, p.112), añadiendo que a partir de esta afirmación con incidencia ética debe no sólo ser interpretada la Sentencia sino en la Constitución colombiana, es decir, que nuestra Constitución debe ser entendida como un instrumento moral sujeto a desarrollo a través de la argumentación jurídica entendida como una forma de argumentación moral.

Atienza plantea, entonces, que no es posible realizar una crítica juiciosa frente a la fundamentación de la Sentencia si se prescinde de su concepción filosófica sobre la Constitución; ello sin ignorar que el espíritu de la Constitución colombiana es de corte liberal y por esto no es posible sostener al mismo tiempo, como lo hace el magistrado que es objeto del análisis de Atienza, que es liberal y que el Estado puede imponer un plan de vida y sanciones penales a quienes se alejan del plan modelo. Por otro lado, insiste el autor en la imposibilidad de aislar la argumentación jurídica de la de carácter moral y político, especialmente en los casos difíciles como el de la dosis personal. No es cuestión de aceptar cualquier argumento moral o político, sino aquellos que sean conformes con el fundamento filosófico de la Constitución Política, que en el caso particular implica realizar una lectura de la misma que procure mantener el mayor grado de consenso sobre los principios del estado de Derecho y de la democracia (Atienza, 1997).

En consecuencia, el texto de Atienza nos aporta dos elementos: 1. Una propuesta para entender el derecho como argumentación, asumiendo que la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral, que requiere justificación y 2. La necesidad de entender que la argumentación jurídica judicial, no se puede alejar de la argumentación moral, es decir, pretender separar el mundo del derecho del de la moral no es posible. Desde el derecho natural, se podría decir que la posición de Atienza consiste en no particularizar la posibilidad legitimadora y universalizadora de la moral, es decir, que el derecho natural entraría a apoyar la idea de las implicaciones morales en las decisiones

jurídicas y esto nos lleva a asumir que esas implicaciones morales se legitiman constitucionalmente, en el caso colombiano, cuando las mismas tienen el soporte normativo del *dios ilustrado* y del discurso de derechos que le da su propia identidad, de lo contrario este contenido moral no tendría asidero jurídico.

Por su parte, habría que decir que la Carta Política colombiana está fundada en una filosofía iusnaturalista de corte liberal que se encuentra anclada al Estado de derecho y a la democracia, lo cual sin duda, nos hace buscar el espíritu de la Carta no sólo en su consagración normativa sino en los principios que la inspiran y que pueden o no presentarse como normas, pero que en todo caso el Tribunal constitucional, la Corte Constitucional, debe abstraer, buscar, reconocer; y desde la pretensión del presente texto, tendríamos principios de carácter moral anclados a visiones iusnaturalistas. También habría otros de carácter político y de corte liberal y algunos de carácter positivo, amarrados al concepto de Estado de Derecho.

4.1.2. Principios, valores y regla de reconocimiento como evidencia moral y extra-jurídica

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en el texto *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, exponen dos elementos relevantes para el análisis del presente texto, siendo estos, una propuesta sobre los principios y otra sobre los valores, desde la perspectiva de los enunciados jurídicos. Al respecto, exponen los autores que, la idea de principios contemporánea proviene de Dworkin, quien los ilustra como una estrategia de decisión judicial, pero su origen es anterior a Dworkin y se encuentra en autores como Bobbio y García de Enterría.

Sin embargo, los conceptos sobre principios y valores se utilizan en sentidos diversos. Los más significativos son el que establece que un principio es una norma muy

general y el que dice que un principio es una norma redactada en un sentido particularmente vago. Por otro lado, está la aproximación que dice que un principio es una norma programática o directriz y aquella que señala que un principio es una norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución; acepción importante para entender el alcance de la hipótesis objeto de estudio. También se puede entender por principio una norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho. Finalmente, está la acepción que establece que un principio es un enunciado o máxima de la ciencia jurídica general y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector de él.

Teniendo en consideración estos conceptos y su posible clasificación, los autores señalan que los sistemas jurídicos están formados no sólo por normas de mandato que pueden ser reglas o principios, sino por otros enunciados. En relación a la importancia de los principios, los autores señalan 3 funciones que los mismos tienen en el ámbito del derecho: la primera consiste en entenderlos como parte de la explicación y sistematización del derecho, parte del análisis estructural. Así entendidos, los principios pretenden ayudar a entender qué es el derecho y serían piezas o instrumentos que dan cuenta de una realidad particular. En este contexto, los principios ayudan a sintetizar información y cumplen un fin didáctico. Así mismo, sirven para entender el derecho como un conjunto dotado de sentido.

La segunda función, por su parte, habla de los principios desde el razonamiento jurídico, es decir, desde su rol en la argumentación que es menor que el de las reglas, pero es mayor que ellas en por lo menos dos sentidos: 1. Al ser enunciados entran en juego en un mayor número de situaciones, lo que les da mayor alcance justificativo y 2. Al tener menor fuerza como premisas del razonamiento jurídico, adquieren mayor fuerza expansiva y como lo exponen los autores, juegan un rol muy significativo al intentar dar alcance a los derechos y a términos como el de dignidad. Finalmente, los principios hacen parte del control y de la legitimación del poder, aspecto fundamental para entender las tareas sociales del derecho (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, 1996).

Para efectos de la tesis sostenida en el presente texto, tenemos que los principios actúan como criterios morales de los ordenamientos jurídicos para limitar el poder y se exponen en términos de derechos humanos y fundamentales, con rango constitucional; su legitimidad estaría presente en nuestro ordenamiento jurídico por el poder que les da la Carta Política y su alcance interpretativo y el hecho de poder acudir a ellos y a otros que les son compatibles, provendría del *dios ilustrado*. Ahora bien, Atienza y Ruiz Manero, también hablan de los valores y en efecto, los relacionan con los principios entendidos en sentido estricto, pues

(...) suponen “la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses”. Por eso (...) las normas que recogen esos valores –los principios en sentido estricto– prevalecen siempre frente a las directrices y juegan un papel, evitar que la persecución de los intereses pueda dañar a esos valores (Atienza, Manuel y Riz Manero, 1996, p.123).

De esta forma, plantean la tesis de que las normas de un ordenamiento no contienen únicamente un elemento directivo, sino uno valorativo. En igual sentido, plantean los autores que los juicios de valor abundan en el plano del poder legislativo, sobre todo en las exposiciones de motivos, así como en el ámbito judicial, pues es una labor argumentativa que requiere por si misma justificar sus planteamientos. Respecto a las normas jurídicas, vale la pena aclarar que cuando se señala que las mismas son una razón para la acción lo que implica es que se entienden como guías de comportamiento y, al mismo tiempo, como criterios de valoración de la conducta, dado que justifican o plantean una crítica.

Para terminar, vale la pena traer a colación el planteamiento que los autores presentan sobre la regla de reconocimiento, al respecto señalan que no es un enunciado jurídico y sólo puede expresarse como metalenguaje. Así, la regla de reconocimiento se

constituye en guía y en criterio de valoración de conductas y decisiones y en criterio teórico de identificación de normas jurídicas. Como criterio teórico de identificación, la regla de reconocimiento dota de unidad al ordenamiento, al delimitar cuáles son esas normas jurídicas porque remite a ellas directa o indirectamente. Concluyen los autores que

la regla de reconocimiento es, pues (...), la norma jurídicamente última; de ahí que la aceptación de la misma no pueda justificarse sobre la base de razón alguna proporcionada por el Derecho, sino únicamente sobre la base de razones autónomas (...) e imparciales (...) Y hablar de razones autónomas e imparciales es lo mismo que hablar de razones morales (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, 1996, p.176).

De esta forma Atienza y Ruiz Manero, le brindan al presente texto una definición de principios y otra de valores, con sus respectivas funciones en términos del ordenamiento jurídico. Adicionalmente evidencian la relación que existe entre principios y valores y entre los valores y la norma de reconocimiento, que consideran no se explica ni se puede *decir* a partir de enunciados jurídicos, sino que existe desde el metalenguaje sirviendo como criterio de guía y de valoración y sustentándose en razones autónomas e imparciales al derecho pero que le otorga la unidad y la posibilidad de identificar qué hace parte del ordenamiento y qué no se encuentra allí. Esta aproximación le da sentido al preámbulo de la Constitución entendido como el escenario normativo que establece el deber ser del ordenamiento jurídico y en el caso colombiano, este deber ser apela a la protección de dios, del *dios ilustrado*. En esta medida, los principios, los valores y ante todo la regla de reconocimiento serían los parámetros que, desde el derecho natural, le dan sentido y legitimidad al sistema jurídico.

Lo anterior, frente a la hipótesis planteada en el presente apartado y en el texto en general, se traduce en que no es posible entender la estructura del ordenamiento jurídico sin encontrar los principios y valores que lo permean y que le dan coherencia, unidad y sentido; y que permiten llegar a la regla de reconocimiento y entender que su escenario está por fuera del derecho, aunque hable y dimensione al ordenamiento jurídico. En

consecuencia, es posible afirmar que el derecho natural contemporáneo, que se concreta en el ámbito de la moral y que rodea las normas y decisiones jurídicas, no sea otro que el ámbito de la regla de reconocimiento. Este planteamiento así entendido hace fundamental entender que la regla de reconocimiento, su componente valorativo y su relación con los principios, permite ver la presencia del derecho natural en la arquitectura del edificio del derecho, estando presente en su estructura y en su construcción, que se deriva de la interpretación jurídica, tarea argumentativa por excelencia.

4.1.3. Los principios y los límites de la argumentación jurídica

En otro de sus textos, *Las razones del derecho*, Manuel Atienza habla del derecho como sistema de normas y procedimientos, proposición que guía su propuesta analítica. En este escenario incluye el tema de los principios para reflexionar sobre los límites del discurso jurídico. El autor propone que, si bien la argumentación jurídica es un escenario de ejercicio de la racionalidad práctica, el discurso jurídico tiene sus límites en la medida en que aún siguiendo las reglas se puede llegar a más de una respuesta correcta. Así, frente a un mismo caso, las reglas del discurso jurídico permiten que los participantes lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales, es decir, fundamentadas discursivamente (Atienza, 2003). De ello se deriva que existe un límite que va más allá de la razón y que está dado porque la forma de entender las normas y de resolver el caso, depende de los participantes del discurso, no siendo posible dejar de lado sus convicciones normativas; planteamiento que el autor toma de Alexy.

¿Esto implicaría, entonces, que se desacredite el discurso jurídico? Para Alexy, la respuesta sería no. Ello, porque el hecho de aceptar la existencia de diferentes respuestas no implica que todas sean posibles, situación que lleva a sostener una teoría débil de los principios, una en que los mismos, al no ser tan claros ni explícitos, dan lugar a una constante discusión racional sobre su existencia, uso y posible aplicación, tal como ocurriría en el caso de los valores. Adicionalmente, poder modificar respuestas en el tiempo conlleva la posibilidad de poder cambiar las deficiencias existentes en un periodo

particular. En esta medida, los principios se tendrían que entender como normas que ordenan que algo se lleve a cabo frente a las posibilidades jurídicas y fácticas existentes en un momento particular.

En este contexto, cobra relevancia la definición de Atienza de principios entendidos como mandatos de optimización porque pueden ser cumplidos en diversos grados. Esta mirada implica tener como estrategia de aplicación la *ponderación* (Atienza, 2003), lo cual les abre la posibilidad de servir como fundamento para decisiones jurídicas, razón que nuevamente exige su mirada desde una teoría débil que no exija una jerarquización ni sistematización rígidas. Los requisitos para contar con un orden débil de principios que permita aplicar la técnica o el procedimiento de *ponderación*, consta de tres elementos: 1. Sistema de condiciones de prioridad para poder mirar situaciones análogas y aplicar el principio de igualdad ante la ley; 2. Sistema de estructuras de ponderación (posibilidades fácticas y jurídicas) y 3. Sistema de prioridades *prima facie* que permita que la prioridad establecida a un principio sobre otro pueda ceder en el futuro⁶³, pero quien pretenda realizar la modificación –generalmente los jueces- deben correr con la carga de la prueba; se puede afirmar que esto ocurre en el caso colombiano, en decisiones jurisprudenciales como las que se estudian más adelante en este texto.

Es así como los elementos conceptuales que presenta Atienza en éste y en los otros dos textos que de su autoría se han revisado, nos permiten contar con definiciones apropiadas para entender cómo se forma el discurso jurídico y cuáles son sus límites. También presenta elementos para ubicar los principios, las reglas y los valores, que dan lugar a concluir que los primeros y los terceros no pueden ser entendidos de la misma

⁶³ En este punto, se puede ver la analogía que existe entre el planteamiento de Atienza y el de Uprimny al analizar la Uni-di-versalidad de los derechos humanos, exponiendo particularmente, los casos Alemán y Estadounidense frente a los derechos de intimidad vs. información pública, este planteamiento también se desarrolla en el presente texto.

forma que los segundos, ni ser sistematizados de forma similar, ni siquiera en la constitución.

Finalmente, su planteamiento permite entender que la norma fundamental requiere de la regla de reconocimiento y que esta figura va más allá del derecho. Con respecto al tema de los principios y los valores es fundamental señalar que ellos son los que permiten flexibilizar y dinamizar el derecho como elemento de la realidad social, complementando así el planteamiento de Bordieu; lo que implica que gracias a ellos el derecho es dinámico y se le puede dar alcance a su deber ser, que actúa como legitimador de un sistema jurídico como el colombiano y como límite. Así pues, pensar en que los límites del sistema jurídico colombiano estarían dados por el *dios ilustrado* implica asumir que la garantía de los derechos fundamentales, sería tanto la forma de concreción del derecho natural como el límite que este dios debe salvaguardar. Y lo más importante, nos lleva a entender que los principios y valores son esenciales para entender los límites del derecho que lejos de ser una debilidad de la disciplina, constituyen el escenario su corrección y adaptación. Así los principios y los valores pueden estar o no en el ordenamiento jurídico pero hacen parte de los participantes del juego jurídico y no es posible ignorarlos.

Para efectos de la tesis del presente texto, se entiende que los principios y valores se ubican más allá del derecho y tienen valor extra-jurídico que puede llevar a afectar decisiones jurídicas concretas, siendo posible dimensionar la insuficiencia del derecho positivo y la necesidad de encontrar el sustento moral de la disciplina, en el derecho natural. No necesariamente vinculando el derecho natural a una idea confesional de Estado ni a un dios ligado a una religión, sino a parámetros que pueden provenir, como se viene afirmando, del *dios ilustrado*, que podrían estar en las reglas de la razón y en la moral entendida como elemento estructural del individuo en una sociedad democrática en la que el ejercicio de su voluntad y de su autonomía, condicionan las posibilidades de encontrar una sola respuesta correcta frente a los casos jurídicos, conforme a la propuesta de Atienza y a la de Alexy, a quien se analizará a continuación.

4.1.4. Comenzando por el final: Alexy y la teoría de la argumentación jurídica

Se podría hacer un análisis inverso al curso seguido en el presente texto, para presentar a Robert Alexy y su texto *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ello, dado que Atienza se inspira en este autor. Alexy presenta un análisis exhaustivo de las diferentes corrientes y formas de fundamentar el discurso jurídico hasta presentar su propuesta de una teoría de la argumentación jurídica. En el presente texto, nos limitaremos a dar algunos elementos adicionales al análisis ya elaborado sobre la argumentación jurídica, entendiendo que el discurso jurídico es una forma específica del discurso práctico general (Alexy, 1989).

Así, lo primero que se puede afirmar es que existe consenso respecto a que la aplicación de normas jurídicas no es una simple aplicación de reglas lógicas. Esto obedece, en palabras de Alexy, por lo menos a cuatro razones: a la vaguedad del lenguaje jurídico; a la posibilidad de encontrar conflictos entre normas; y casos sin normas jurídicas vigentes asociadas; y a la necesidad, en casos excepcionales, incluso de ir contra ciertas normas (Alexy, 1989). Bajo este contexto, se debería pensar en un sistema de enunciados más que en uno normativo, para fundamentar las decisiones jurídicas.

Como ejemplo de este tipo de sistema Alexy menciona el axiológico-teleológico, que trabaja con principios generales y muestra que, como cualquier otro, posee debilidades y resulta insuficiente, a la hora de definir cuáles serían esos principios y cuál la valoración posible que se puede derivar de los mismos. Con la exposición de este problema, surge la tesis que el autor sostiene en el texto y que consiste en que, aunque la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, teniendo que enfrentar por su aparente claridad una valoración negativa frente a todos los posibles contra-argumentos. De esto se sigue que, a veces, las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas son de carácter moral,

pero no cualquier moral sino una valoración moral correcta⁶⁴. Para entender el alcance de esta afirmación es preciso comprender que la argumentación jurídica para Alexy es una actividad lingüística que tiene como propósito *corregir los enunciados normativos*.

Por otro lado, el autor menciona la diversidad de formas en que se puede presentar la argumentación jurídica, aunque tienen un elemento común: su vinculatoriedad, dado que lo que quieren establecer es cuál es el derecho vigente. Por esto, encuentra que, en la argumentación jurídica, se presentan dos tipos de justificaciones: la interna, que se concentra en el silogismo (dos premisas de las que se sigue necesariamente una conclusión). Del planteamiento silogístico, en general, se deriva una regla de la norma del derecho positivo y sino se deriva, entonces hay que construirla. En este contexto es fundamental la posibilidad de encontrar un principio de universalidad, mediante reglas universales, que, además, serviría de base para la pretensión de justicia formal. Se requieren entonces dos presupuestos: una norma universal y que la decisión jurídica se siga lógicamente al menos de una norma universal, al lado de otras proposiciones. La ventaja en este tipo de justificación es que, al contar con reglas universales, se contribuye a la justicia y a la seguridad jurídica.

La justificación externa consiste en fundamentar las premisas usadas en la justificación interna, a partir de reglas de derecho positivo - conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico -, enunciados empíricos - desde una escala completa de formas de proceder en las ciencias empíricas hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso - y premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo

⁶⁴ Alexy menciona a Kriele, quien señala que cuando se cae el último velo es claro que la aplicación del derecho se orienta a consideraciones ético-morales. También a Hart quien señala que no necesariamente son valoraciones morales sino que se apunta a algún objetivo social (Alexy, 1989, p.29).

- el escenario de la argumentación jurídica, donde, desde este análisis, estarían las valoraciones morales y las de principios, legitimadas en el *dios ilustrado*, cuyo alcance y límite son los derechos fundamentales - (Alexy, 1989).

Así, Alexy evidencia la importancia de las valoraciones morales en la argumentación jurídica pero no de cualquier valoración moral, sino de aquella que pueda incorporarse en el discurso jurídico con el fin de corregir enunciados normativos vagos o insuficientes. Esto, implica la necesidad de fundamentar las decisiones jurídicas en elementos fácticos, técnicos y en presupuestos con pretensión de universalidad, que en muchos casos nos deben llevar a ubicar nuestras pretensiones argumentativas más allá del derecho positivo, es decir en un campo supra-legal, que en términos de este texto, estaría en el derecho natural y sería el que permite verificar las pretensiones de justicia y universalidad de los enunciados normativos en casos particulares, sin olvidar, en términos de la propuesta de Alexy, que para él, la propuesta de argumentación jurídica racional es una propuesta de seguimiento de reglas y formas, que de seguirse pueden llegar a una respuesta correcta y en este sentido, permiten entender el discurso jurídico como un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.

4.2. Miradas diversas sobre la argumentación e interpretación jurídica desde la Constitución y la decisión judicial

En el presente apartado, se presentan diferentes versiones que hablan sobre cómo argumentar e interpretar la Carta Política y cómo asumir la decisión judicial como una forma específica de argumentación desde el derecho. Los textos estudiados permiten rastrear el rol del derecho natural, y en el caso colombiano del *dios ilustrado*, en los temas propuestos y adicionalmente afinan el cuestionamiento particular sobre qué significa argumentar desde el derecho.

4.2.1. La argumentación e interpretación desde la Constitución y la decisión judicial

Para introducir a Enrique Alonso García en su texto *La Interpretación de la Constitución*, vale la pena comenzar por señalar lo que Rubio Llorente presenta en el prólogo del libro, cuando establece que la teoría de la interpretación es el núcleo central de la teoría de la Constitución, e incluso, de la teoría del Estado en la medida en que el Estado contemporáneo asume la forma de Estado constitucional. Así, el planteamiento de Alonso comparte el eje de varios de los autores estudiados en el presente texto y es que cuando de interpretar la Constitución se trata, lo más complejo es precisamente el carácter abstracto de los conceptos jurídicos y su interpretación es problemática, dado que a través de un mecanismo racional y científico-jurídico lo fundamental se convierte en norma sub-constitucional equivalente a la Constitución misma (Alonso García, 1984, p.5), condición que deben enfrentar los tribunales constitucionales.

En este sentido, es relevante que el autor establezca que los principios constitucionales tienen pleno valor normativo e interpretativo, lo cual sirve para entender el rol del derecho natural desde el análisis particular que se deriva de la presente tesis. Plantea Alonso que resulta obvio que el derecho natural pueda ser utilizado como fuente de normas sub-constitucionales y que los tribunales constitucionales sean los encargados de producirlas; así pues, estos órganos serían los que utilizan y retornan al derecho natural, gracias a la interpretación. Para el autor los casos alemán y norteamericano sirven como ejemplos del uso del derecho natural en la argumentación jurídica que se deriva de la interpretación constitucional.

El caso alemán que también expone Uprimny en su texto sobre *la universalidad de los Derechos Humanos*, brinda elementos claros en términos del derecho natural. Entre ellos, se resalta que la norma fundamental establece explícitamente que el pueblo alemán reconoce los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de la

comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo (Alonso García, 1984); tema que llevó, en Alemania, a la pregunta sobre el valor interpretativo-integrativo que podría tener el derecho natural frente a los derechos fundamentales.

La respuesta a la anterior pregunta fue negativa dado que una apelación al derecho natural supondría la supra-valoración de una concepción global del mundo que sería concreta. En otras palabras, la imposibilidad de otorgar al derecho natural un contenido mínimo, impide otorgarle valor integrativo o interpretativo. Y desde la posición que se sostiene en el presente texto, es precisamente esta indeterminación de contenido mínimo pero que lleva a la supra-legalidad en el escenario de los valores y principios, lo que permite encontrar elementos del derecho natural en la definición de la Constitución colombiana, así como en el bloque de constitucionalidad y en la justicia constitucional, que sería la fuente más rica de argumentación jurídica de nuestro país en la actualidad.

Por su parte, considera Alonso que el caso norteamericano, es todavía más claro porque no sólo se planteó la posibilidad de recurrir al derecho natural, sino que en etapas históricas particulares ha recurrido a él abiertamente; establece que el *judicial review*⁶⁵, tuvo origen iusnaturalista. En efecto, la Carta Magna norteamericana se considera el elemento constitucionalizador del iusnaturalismo, particularmente en lo que concierne al debido proceso en función de los derechos adquiridos como la propiedad y en casos como el de la discriminación sexual y la teoría de la incorporación del *Bill of rights*, desde el estado federado.

En este último tema, vale la pena resaltar que, conforme a lo establecido por el autor, el fundamento para lograr dicha incorporación, era que la concreción era expresión de un orden común inmanente. Pero es importante dejar claro que este valor hacia el

⁶⁵ Aunque este mecanismo se menciona a lo largo del presente texto, Enrique Alonso clarifica su concepto al establecer que se trata del mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes.

derecho natural ya no goza de respeto en el derecho norteamericano, aunque se encuentran manifestaciones tajantes en el sentido contrario. Es decir, que al igual que ocurre en Colombia, se quiere objetivizar o instrumentalizar el ordenamiento jurídico y dejar de lado el derecho natural teóricamente y esto se intenta dejar explícito en las normas constitucionales e incluso en las decisiones jurisprudenciales, pero la práctica evidencia el cruce permanente con el derecho natural. Seguramente, la razón para ello, es que el derecho natural (racional-histórico) tiene elementos morales que parecen menos objetivos y menos racionales que los que proporciona el derecho positivo y la forma de disfrazar dichos elementos es intentar que desaparezca del discurso el derecho natural. No obstante, el derecho natural está presente y en la Constitución de 1991 toma la forma concreta del *dios ilustrado*.

Por otro lado, Alonso deja claro que la constitución no escrita y el derecho natural, no tienen por qué identificarse de forma automática, pero si es posible crear una relación que proviene, entre otras, de la apelación y concreción que se da a los principios y valores constitucionales. Se habla, por ejemplo, de la jurisprudencia de los valores sustantivos, que no es sino la variante moderna, del iusnaturalismo (Alonso García, 1984), siendo entonces una reorientación del anterior. Este planteamiento es consistente con la hipótesis del presente texto en la que se viene argumentando que dios es ilustrado en la medida en que encarna el discurso de los derechos fundamentales que contienen los valores sustantivos a los que el tribunal constitucional debe acudir.

No obstante, es importante aclarar que, en ningún país occidental actual, el derecho natural sería considerado como fuente legítima de derecho y ello, entre otras razones, podría obedecer, como sugiere Alonso, a las críticas que se derivan de la jurisprudencia en torno a los valores, cuyo riesgo radica en la posibilidad de fallar desde los valores del legislador y no desde los del tribunal constitucional que no podrían ser otros que aquellos establecidos en la carta política. Aún así, el derecho natural explícita e implícitamente continúa estando presente en las decisiones judiciales y en el análisis que

se deriva de sus implicaciones. Ello, seguramente porque los valores, apreciación que se comparte con Alonso, no son vacíos y se requiere darles contenido en un escenario pluralista, con sus límites y variaciones. Adicionalmente, se podría afirmar que el derecho natural también está presente como expresión de la constitución y podría llegar a pensarse que negarlo como fuente es una falacia argumentativa.

Es así como la propuesta de Alonso sirve para dimensionar cómo el derecho natural ha tenido incidencia en la interpretación constitucional y para entender el lugar del mismo. Resulta relevante tener en cuenta los límites que encuentra el autor en asumir la presencia del derecho natural como fuente jurídica en los estados contemporáneos. Sin embargo, deja claro que la brecha entre no querer hablar ni reconocer el rol del derecho natural y utilizarlo como criterio de interpretación desde la justicia constitucional, no implica que él mismo no se esté usando, sobre todo cuando de la concreción de principios y valores sustantivos se trata.

4.2.2. Una aproximación al caso estadounidense

Ahora bien, pasando al texto de Susan Brison, Walter Sinnott, *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*, en éste los autores realizan una compilación que reúne múltiples miradas frente a la interpretación constitucional. Inician su planteamiento señalando que desde 1992 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos tuvo que enfrentar una gran cantidad de opiniones cuando tenía que fallar sobre casos controversiales como aborto, ejercicio de la religión en las escuelas, discursos de odio, entre otros. Estos casos sirvieron para realizar importantes cuestionamientos sobre cómo se deben interpretar ciertas regulaciones constitucionales y de forma general, sobre cómo interpretar la constitución. Estas preguntas son importantes no sólo para los jueces sino para toda la comunidad jurídica y para los ciudadanos en general.

Plantean los autores que para enfrentar las diferentes alternativas de interpretación que fundamentan diferentes decisiones, los jueces necesitan una teoría que les permita

entender cómo se decide o se debería decidir entre diferentes test de interpretación. Uno de los temas que suscita mayores dificultades es el de enfrentar estas perspectivas desde la interpretación del *Bill of rights*, que no es otra cosa que la carta de derechos humanos o fundamentales con fuerza constitucional desde el *common law*. Las razones que se utilizan para fundamentar los argumentos, conforme a lo planteado por Brison y Sinnot son las siguientes: 1. La interpretación del significado de las palabras que están en la Constitución; 2. Las intenciones de las palabras de la Constitución; 3. Los precedentes establecidos por otros jueces y 4. Los juicios de valor (Brison, Susan, Sinnot - Armstrong, 1993). Cada una de estas razones responde a una teoría hermenéutica para interpretar la norma fundamental.

Para el caso que nos ocupa, el análisis se centrará en la interpretación basada en juicios de valor. Ello, para entender si la misma se podría o no ubicar en un escenario que permite rastrear el derecho natural en función de la perspectiva de interpretación constitucional e incluso para entender porqué valores asociados con el confesionalismo, con la laicidad o con la pluri-religiosidad pueden llegar a primar en un momento dado particular frente a otros, incluso si los mismos no aparecen de forma explícita en la Carta Política. Así pues, cuando vemos este tipo de fundamentación jurídica, no se puede negar que los valores que utilizan los jueces son de tipo moral. También apelan a valores económicos o a otros que se derivan de ciertas instituciones y que aparentemente no tienen relación con la moral.

Para los autores incluso en los otros tipos de interpretación – a partir de los significados, intenciones o precedentes – los jueces apelan a valores morales, evidenciando la importancia que esta fundamentación tiene para la interpretación constitucional. De hecho, los invocan cuando deben interpretar directamente la constitución o cuando tienen que determinar el significado, la intención o el precedente o cuando los significados, intenciones y precedentes fallan para encontrar o determinar una interpretación satisfactoria.

Los jueces también acuden a los valores cuando se trata de apelar a derechos que no están explícitamente establecidos en la Constitución, lo cual ocurre en el caso norteamericano por su esquema constitucional. En efecto, en casos como aquellos que hablan del derecho a la intimidad que no se encuentra en la Constitución, se ha acudido a valores que no están en leyes ni en precedentes. Sin embargo, en el caso colombiano y en muchos otros de origen europeo continental, se acude a planteamientos como el del bloque constitucional, analizado por Uprimny. En las dos situaciones es posible, en todo caso, encontrar *el valor de los valores* y la referencia que se hace en la Carta colombiana al papel de dios y que no está asociado a ninguna religión particular, que se denomina *dios ilustrado*, hace posible afirmar que se trata de una propuesta pluri-religiosa, por oposición a una laica o a una confesional.

La pregunta que surge de lo anterior para los autores es de suma relevancia para la hipótesis del presente texto: ¿cómo se puede justificar el uso de unos valores sobre otros - teniendo además en consideración que los mismos deberían ser acordes con una visión de moralidad y justicia —?, perspectivas que en temas controversiales como los mencionados en párrafos precedente pueden no contar con consensos fuertes. Brisson y Sinnot, mencionan como una posible fuente de los valores morales, la aceptación de mucha gente en un periodo de tiempo considerable. Así, exponen que, siguiendo a J.M. Balkin, el problema es que los juicios de valor de carácter judicial de forma inevitable juegan el rol de determinar cuáles tradiciones son aplicables y cuáles derechos están profundamente enraizados en nuestras tradiciones, lo cual a todas luces continúa siendo una apreciación subjetiva. Así, establecen que: “The choice of Judaeo-Christian standards and traditions over the others that citizens are free to adopt in our pluralistic democracy reflects a value judgement of the Court (...) [which] also depended on the values of the justices” (Brisson, Susan, Sinnot - Armstrong, 1993, p. 18).

Resaltan los autores que, en otras situaciones, la Corte ha determinado que una tradición es inmoral, lo cual claramente responde a la visión del juez sobre qué es inmoral

y qué no. En todo caso, los jueces deben evitar decidir con fundamento en sus propios valores morales, por lo menos, buscando que la perspectiva escogida represente la visión de la mayoría de los ciudadanos, situación que también es relativa, incluso contando con datos o apreciaciones sociológicas, lo cual deja de lado la protección de las minorías. Como lo menciona Marquardt, en Colombia, se acudió a determinar que la religión del Estado era la católica, afirmando que la mayoría de la población pertenecía a esta religión y este fue el planteamiento democrático con que se argumentó por más de un siglo el porqué el Estado era confesional en la Constitución de 1886, dejando de lado otros credos.

Otro criterio de valoración de valores es la apelación a los estándares de una persona razonable, criterios similares se encuentran en nuestro Código Civil –apelación al buen padre de familia -, que por supuesto termina siendo una forma de racionalizar la imposición de los jueces de sus propios criterios morales. Una manera de solucionar este problema es acudiendo a una teoría moral y en este sentido, acogiendo lo que señala Dworkin, la interpretación constitucional implica reconstruir la historia legal y discernir los principios inherentes desde los que se puede buscar la mejor respuesta, a partir de una teoría política de la moralidad (Brisson, Susan, Sinnott - Armstrong, 1993).

Obviamente, la pregunta que surge de esta aproximación es ¿a cuál teoría moral se debe acudir? Una posible respuesta es la religión, pero evidentemente aquellos que no creen en la dominante podrían oponerse con argumentos sólidos a esta solución, otros hablarían de teorías que plantean el mejor interés para la mayoría, es decir, al utilitarismo, que adolece del mismo defecto que acudir a una religión mayoritaria, es decir, tiraniza a las minorías. Dworkin, conforme a lo planteado por los autores, dice que sólo se puede acudir a una teoría que hable de principios que se refieren a derechos particulares, respondiendo mejor a la moral de la gente. Pero ¿qué moral es la de la gente? Dworkin responde aludiendo a autores como Rawls en su *Teoría de la Justicia*, desde la que se plantea que los individuos, como sujetos libres e iguales, han determinado concepciones de lo bueno que son aceptables. La pregunta ahora sería ¿cuáles son esas concepciones

de lo bueno que son aceptables y aceptables por quién? Teniendo que buscar nuevamente un contenido sustancial.

A pesar de las diversas perspectivas, los autores afirman que existe consenso respecto a la necesidad de asumir la Constitución como un documento moralmente justificable y que sus interpretaciones deben ser coherentes con la moralidad, dirigida a salvaguardar los derechos de los individuos. Esta y no otra sería la moralidad del *dios ilustrado*, pues es la única, por el momento, que puede ir más allá de moralidades particulares dado que fundamenta el discurso de protección de los derechos humanos que resulta más coherente que discursos que pueden llegar a tiranizar minorías particulares como ocurre con ideas confesionales particulares, donde no todo individuo tiene el mismo valor.

De esta forma se tiene que la razón normativa como fundamento interpretativo resulta insuficiente y, en consecuencia, las valoraciones morales cobran importancia en términos constitucionales. Puede haber diferentes criterios para asumir dichos juicios morales y todos presentan debilidades. Como se deriva del análisis realizado, las valoraciones en valores tienen relevancia y como su relación es directa con los derechos de los individuos, su fundamentación puede provenir de una teoría moral y se les debe dar contenido sustancial. El fundamento que no está necesariamente en el derecho positivo, puede provenir de una moralidad religiosa particular, lo cual puede inducir a estigmatizar o a excluir minorías, siendo preciso acudir a otro tipo de fundamentación. Entonces, se acoge la posición de Dworkin cuando habla de los principios inherentes en los derechos, dado que esta alusión a lo inherente hace referencia directa al derecho natural y le da legitimidad al *dios ilustrado*. En síntesis, para enfrentar las debilidades de las valoraciones morales, importantes en la interpretación constitucional, es preciso acudir al derecho natural para que las mismas no se queden sin peso y no se relativicen llegando a ser inviable su aplicación.

4.2.3. Una mirada desde los estudios críticos: ¿Existen límites para la decisión judicial?

Desde los estudios críticos se trae como referencia obligatoria al autor Duncan Kennedy y a su texto *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: una Fenomenología Crítica*. Con él y el texto referenciado, se muestra una perspectiva de la argumentación jurídica que pretende evidenciar el conflicto que se puede presentar entre “la ley” y “la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar” (Kennedy, 1999, p.91). Desde su aproximación, Kennedy se imagina a sí mismo como juez activista que busca la justicia social, con el propósito de dar a conocer cuáles son los elementos subjetivos que lo podrían acompañar, entre ellos, por ejemplo, estaría su lugar de nacimiento, los intereses que defiende, sus intenciones y su proyecto vital. Con esto en mente, estudia cómo se enfrentaría una decisión judicial. Para esto asume el caso hipotético de unos trabajadores, y quiere que ellos se salgan con la suya, al desplazar la ley tanto como sea posible, para que sus intereses primen y puedan ejercer cierto control, legalmente legitimado, sobre los medios de producción durante un cese de actividades por huelga. Su propósito es retar la ley para que se evite cualquier sanción y para reformarla. Realiza además una analogía entre este caso y la restricción constitucional a la libertad de expresión.

¿Cuál sería entonces el rol del juez y cuáles los límites de su actuación? Considera Kennedy que trabajar sobre un resultado es parte esencial del trabajo de un juez y que esto no se trata de ser libre ni de no serlo. En sus palabras, “[e]l juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley o como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar” (Kennedy, 1999, p.107), a esto se le conoce como posibilidad de discrecionalidad. En consecuencia y para no atentar contra los intereses de ninguna de las partes involucradas lo que deben hacer los jueces es revisar las conclusiones frente a lo que consideran es la respuesta legal correcta y que puede (o no) coincidir con lo que la

intuición les dice, buscando los mejores argumentos para las dos partes. En este proceso se puede jugar, pero la vulneración de la legalidad sería asumir, luego del proceso reflexivo, la posición equivocada, respecto a lo que la ley exige y encontrar que sigue en conflicto con la sentencia a la que el juez quiere llegar. Entonces, los jueces tienen una tarea que es muy compleja: defender sus propias posiciones sin contravenir el principio de legalidad, y además construir y comparar argumentos para poder llegar a resultados correctos. El reto es lograr que el razonamiento jurídico esté encaminado a hacer que el caso se resuelva a partir de su sentido de justicia, pese a las resistencias que se derivan de la ley.

Para lograr lo anterior, arguye Kennedy, es preciso tener presente que la ley así entendida, no nos dice qué se debe hacer y en consecuencia, “el resultado jurídico no está determinado por el *material jurídico en sí*” (Kennedy, 1999, p.121), lo cual no constituye un obstáculo para considerar que el juez está “restringido en derecho”. Este modelo se sintetiza en que el juez quiere respaldar su preferencia por un resultado específico, que requiere la legalización – presentación del material jurídico, la norma y los hechos, sin necesidad de mentir sobre ellos -, desde la posición política de quien quiere llegar al resultado señalado. La ley restringe en tanto es el campo – en un sentido similar al de Bordieu -, con pretensión de validez en el que el juez quiere, y debe, ejecutar su acción.

En este sentido, para el autor, la argumentación jurídica resulta ser una actividad para re-formular reglas generales, aquellas que se abstraen de las normas, de la conveniencia pública, de los precedentes y re-estructurar los hechos en pro de un resultado particular (Kennedy, 1999); o en palabras de la presente tesis, es una actividad que requiere de elementos jurídicos y extra-jurídicos que provienen del derecho natural y que encuentran, por lo menos en el caso colombiano, su legitimidad en el *dios ilustrado*, cuyo poder emana de la Carta Política y se concreta en las decisiones de la Corte Constitucional.

Del análisis de Kennedy, se deriva que el juez no se entiende como robot que aplica la ley de forma literal, ni como un sujeto sobre-humano, trascendental, que puede hacer lo que quiere. En todo caso y para efectos del presente trabajo, el juez falla en derecho, pero este derecho no sólo lo conforman los elementos que están literalmente en la norma, ni siquiera los elementos extra-jurídicos, también está conformado por sus valoraciones internas y externas y por su percepción de la decisión, que no es otra cosa que la percepción de justicia que considera debería imperar. Esta posición de justicia no surge de la nada se ampara en consensos, en desarrollos históricos y contextuales, y por supuesto en esos elementos que inspiran los derechos fundamentales y que están presentes en el derecho natural como justificante moral de muchas de las valoraciones y principios que están en las decisiones judiciales. Ello, sin perder de vista que la interpretación y los argumentos jurídicos tienen restricciones que se dan por los campos en los que se decide, en el caso del derecho el gran límite es la Constitución y en el caso colombiano en particular, sería el discurso ilustrado de los derechos fundamentales.

4.3. Enfoque para el análisis de la Constitución y sus principios

En este apartado se quiere entender cómo desde los autores estudiados, se ha asumido el alcance de la interpretación de la Constitución y de temas que definen el alcance de los valores y principios que enmarcan a las democracias y a las discusiones jurídicas actuales. Con los textos escogidos se quiere revisar el tema en el caso colombiano con la Carta Política de 1991, entendida como el acontecimiento que guía la presente investigación. Por su parte, a partir de los textos de Rodrigo Uprimny, se quiere ver el tema de los derechos humanos y sus límites en el ámbito internacional. Así mismo, el dilema, que, según el autor, se deriva de la interpretación constitucional dada por la Corte Constitucional para el caso colombiano. Por su parte, se trae el texto de Diego López, porque el mismo brinda una mirada crítica sobre la cultura jurídica en general y de la colombiana en particular, y sobre el rol del juez constitucional que servirá para entender los retos que estos temas tienen en nuestra realidad constitucional. El análisis de los textos insinuados se presenta a continuación.

4.3.1. ¿Universalidad de los derechos humanos?

Rodrigo Uprimny en su artículo titulado *La universalidad de los Derechos Humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica*, presenta una visión para analizar algunas tensiones en torno al problema de la interdependencia entre los derechos humanos y la democracia. Como parte de su contextualización, señala que la visión holística sobre los derechos humanos es la visión dominante de la filosofía política, para entidades internacionales y movimientos de derechos, y resalta que su intención no es refutarla, pues personalmente la acepta, aunque no comparte su denominación. En este sentido, pretende evidenciar que dicha perspectiva es un punto de partida problemático frente al desarrollo de la democracia y de los derechos humanos y refleja un programa ético, político y jurídico que se debe construir (Uprimny, 1998) para enfrentar la visión etnocéntrica del discurso.

Para ilustrar su tesis, Uprimny muestra las diferencias jurisprudenciales, utilizando para ello, diferentes sentencias que ilustran el caso alemán y el estadounidense en temas como intimidad, honor y libertad de expresión. Escoge estos derechos que no sobra decir, resultan importantes para la hipótesis del presente texto, por ser fundamentales en las concepciones de democracia constitucional y en el contexto de la laicidad y de la libertad de credos y que tienen fundamento en la tradición liberal. Sin embargo, las tensiones entre estos derechos son ineludibles. Así, conforme a lo expuesto por el autor, la posición alemana evidencia primordialmente una tendencia a proteger la intimidad y la dignidad de la persona sobre la libertad de expresión, mientras que la estadounidense intenta dar primacía a la libertad de expresión, incluso afectando la intimidad y el honor de los individuos.

Esta diferencia se evidencia en las respectivas concepciones de democracia y no es un simple capricho hermenéutico de los jueces, pues responde a las constituciones de estos estados y a la forma en que cada uno salvaguarda la norma fundamental. La

democracia en Estados Unidos, constitucionalmente considerada, se entiende como el gobierno de los ciudadanos y del pueblo, y por ello el control constitucional lo que pretende, ante todo, es asegurar la continuidad del proceso democrático y de su gestor que es la opinión pública.

Por su parte, en Alemania, el plano constitucional es un orden político fundado en la dignidad humana. Esto repercute hasta tal punto que la interpretación constitucional llega a concretar el concepto, a partir de la aceptación de la existencia de un “ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada”, que no puede ceder frente a ningún otro derecho. De esta aproximación se deriva una visión axiológica de la Constitución, mencionando que los derechos fundamentales evidencian un orden objetivo de valores que afectan e irradian todos los ámbitos del derecho, incluso las relaciones privadas. Con esta posición, el pueblo resulta subordinado a los valores constitucionales (Uprimny, 1998) y estos valores que provienen de concepciones como la que se tiene de la dignidad humana requieren del derecho natural para poder tener legitimidad.

Por otro lado, la caracterización referente al caso alemán, por lo menos de forma general, podría aplicarse al caso colombiano, en términos de sus desarrollos jurisprudenciales, lo cual pese a los intentos por mirar el tema de los derechos, principios y valores de forma objetiva, deriva en la necesidad de pensar en cómo el derecho natural permea la Carta Política⁶⁶. Esta presunción – similitudes entre el caso colombiano y el alemán, en términos de la definición de democracia y constitucionalismo -, se apoya además en la forma en que Uprimny entiende el caso estadounidense, que claramente contrasta con el colombiano.

⁶⁶ En este sentido señala Uprimny que el caso alemán, asume de forma más abierta la jurisprudencia fundada en valores, incluso con tinte iusnaturalista.

Al respecto menciona que hay corrientes teóricas en Estados Unidos que se oponen a cualquier jurisprudencia sustentada en valores sustantivos, pues implicaría la prevalencia de la argumentación ética de los jueces, sobre el procedimiento democrático. Pese a ello, el autor encuentra puntos de convergencia en la interpretación de los derechos que se vienen discutiendo, entre el caso alemán y el estadounidense. En efecto, los dos sistemas judiciales han buscado la mayor coexistencia de la libertad de información con la garantía constitucional a la intimidad, realizando valiosas diferenciaciones. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, se han diferenciado personas públicas y privadas y en Alemania, las diferentes esferas de protección a la intimidad. Esta semejanza permite afirmar que los tribunales de los dos países han encontrado una prevalencia *prima facie* de uno de los dos derechos sobre el otro, pero no una superioridad definitiva (Uprimny, 1998).

La situación descrita hasta el momento, también se refleja en las convenciones y en la forma en que las cortes internacionales de derechos humanos deciden frente a estos temas. Uprimny destaca que estas prevalencias y convergencias, también se pueden ver en el ámbito latinoamericano, encontrando tres modelos: 1. Prelación *prima facie* de la libertad de expresión; 2. Primacía, en principio, de la dignidad y de la intimidad y 3. Solución intermedia, sin preferencias previas entre las libertades y derechos mencionados. Con lo anterior en mente, es posible concluir que los tribunales en general, admiten que no es posible determinar en abstracto y para todos los casos cuál de esos valores debe ser priorizado cuando hay un conflicto.

En relación con el caso colombiano y como ya se sugirió, la solución frente a la tensión entre libertad de expresión e intimidad – y dignidad humana - ha tenido fuerte influencia del modelo alemán, llevando a la Corte Constitucional a defender en numerosos casos la primacía genérica del derecho a la intimidad. Sin embargo, la Corte fue ampliando la protección a la libertad de expresión y creación artística. Así, se tiene que la Corte Constitucional colombiana ha oscilado entre los tres modelos y no ha logrado tener una

dogmática adecuada, en la medida en que ha fallado sin tener en consideración los riesgos que la divulgación de información tiene para la intimidad y el honor de las personas, mientras que en otras ocasiones lo ha hecho restringiendo, de forma inaceptable, el derecho a la información de la sociedad sobre los asuntos públicos (Uprimny, 1998). Pese a ello, resalta Uprimny que, de forma más reciente, la Corte Constitucional ha ido afinando sus criterios, buscando la convivencia de los dos derechos.

Pasando a otro tema, Uprimny usa los casos hasta ahora expuestos para presentar una propuesta que permita repensar la democracia y la universalidad de los derechos humanos. Así, señala que se debe cumplir primero con la búsqueda de una *razón jurídica gradual y reflexiva*, lo que implica que en las decisiones judiciales sobre los casos difíciles, que no dejan de ser decisiones y por esto no son deducciones estrictamente lógicas, los jueces deben asumir la responsabilidad sobre sus elecciones. Por ello, a la hora de motivar las sentencias no todo es terreno del arbitrio judicial puro. Siguiendo a Uprimny el equilibrio reflexivo entre el caso y las normas generales es necesario:

Pues de los jueces, y en particular de los tribunales constitucionales, se espera no sólo que resuelvan en forma justa los conflictos, sino además que suministren criterios estables que faciliten la cooperación social, al hacer relativamente previsibles las decisiones jurídicas (Uprimny, 1998, p. 100).

Por otro lado, establece que es necesario propender *por un proceso político libre y por la autonomía personal*. Así, los casos alemán y estadounidense sirven para ver la pertinencia de lograr la articulación entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva. Para ello sugiere Uprimny, tener como sustrato una concepción de democracia más integral, la democracia constitucional, que implica la articulación entre la soberanía popular y la autonomía individual. Con este planteamiento, Uprimny le da la razón a Habermas cuando establece que las constituciones democráticas son una elaboración de un sistema de derechos en los cuales están internamente vinculadas la autonomía pública

y privada (Uprimny, 1998). Afirmación que también sería coherente con la diferenciación entre los roles público y privado que hace Kant en su texto de respuesta a la pregunta sobre *¿Qué es la Ilustración?* de 1784.

Finalmente, Uprimny expone un tercer elemento para repensar la democracia y la universalidad de los derechos humanos, la necesidad de incorporar lo que él denomina la polifonía de la razón jurídica, la uni-diversalidad de los derechos humanos y el diálogo entre las distintas perspectivas. Así pues, tenemos que la interpretación constitucional pretende organizar derechos que a veces se tornan contradictorios, por lo cual requiere lograr la unidad en la multiplicidad. A esto se le puede denominar, sugiere el autor, formas de razonamiento dialógicas o polifónicas, pues están en permanente construcción y búsqueda de reequilibrio. El papel del juez en este contexto, sería semejante al del director de orquesta, dado que estructura las perspectivas de quienes se enfrentan, reconstituyendo la unidad de los derechos humanos desde la multiplicidad.

En consecuencia, la unidad de los derechos fundamentales no es un punto de partida sino un proceso, en permanente ajuste entre diversos valores y perspectivas, y así la diversidad debería poder articularse. Esta visión dialógica o polifónica es relevante para intentar armonizar el universalismo de los derechos humanos con el pluralismo cultural y con esto, los derechos humanos dejan de ser un a priori lógico ligado a dios o a la naturaleza humana y son el fruto de un reconocimiento dialógico entre las culturas, que no deja de tener elementos del derecho natural pero no teológico sino racional e historicista como se afirma en la presente investigación. A esto denomina el autor la uni-diversalidad de los derechos humanos, en la medida en que deben ser entendidos como el resultado progresivo de una comunicabilidad cultural, desde la ponderación de perspectivas y su relativización (Uprimny, 1998). Este modelo describe claramente lo que se ha denominado como la apuesta pluri-religiosa presente en la Constitución colombiana, que se opone a la laica y a la confesional y que se ampara en la protección a la libertad de credos que se fundamenta en esa apelación, a ese deber ser que está en el preámbulo y que da nacimiento normativo al *dios ilustrado*.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Con lo propuesto por Uprimny se pueden abstraer dos consideraciones. Primero, que la diversidad constitucional y de toma de decisiones se ve afectada por la forma en que se conciben y se priorizan unos derechos sobre otros. Nuestro tribunal constitucional como el alemán, pareció darle en un principio prioridad - aunque ahora parece girar en la otra dirección - a la intimidad y a la dignidad sobre la libertad de expresión y de información, que responden a una visión de justicia y del individuo, imbuida en una perspectiva axiológica y ética, propia del derecho natural.

Por otro lado, Uprimny siguiendo a Rawls y a Habermas, quiere superar la visión iusnaturalista y darle, a través de estrategias dialógicas y polifónicas de construcción judicial y constitucional, un matiz netamente humano que no responda a criterios de universalidad apriorísticos, propios del derecho natural y de la razón pura, fundada en el anterior; aunque esta negación solo afirma la existencia del derecho natural racional e histórico. En todo caso, la visión de justicia acá propuesta y su consolidación, se tiene que anclar a visiones axiológicas que, si bien pueden variar, continúan mostrando la importancia de ellas más allá de los ordenamientos jurídicos o de las decisiones judiciales.

Este anclaje no es otro en las democracias contemporáneas, que las constituciones y la pregunta que se le podría plantear a Uprimny sería si la fuerza que se da a la norma fundamental y al rol de los jueces en la construcción y búsqueda de equilibrio entre derechos, principios y valores, no sería una manera de darle un nombre más avanzado al trasfondo del derecho natural que parece no perderse en el discurso de derechos fundamentales y en el derecho de los derechos humanos, con su pretensión universalizante y(o) uni-diversa.

Lo anterior en la medida en que el diálogo intercultural para la construcción de la universalidad de los derechos humanos, como señala Uprimny, puede ser extendido a todos los ámbitos “(...) ya que el derecho a la diferencia cultural (...), significa que todas las culturas deben tener ese derecho, lo cual implica el reconocimiento de normas transculturales y universalizables que constituyan el marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones” (Uprimny, 1998, p. 109) y esto no es otra cosa que el fundamento del derecho natural que inspira a los derechos fundamentales, a los derechos humanos y en últimas, a las constituciones democráticas y a la nuestra, también democrática, que constituye el escenario de derecho positivo desde el que se origina el *dios ilustrado* como fundador del discurso constitucional y promotor de la construcción jurisprudencial para hacer de la Carta un documento vivo y al derecho un sistema dinámico que requiere revisarse continuamente.

4.3.2.El rol de nuestro tribunal constitucional

Rodrigo Uprimny en el capítulo sobre “El dilema de la Interpretación constitucional”, que escribe en el texto *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1991-2000. Realidades y perspectivas*, aclara que la discusión sobre la interpretación constitucional está en el centro del debate no sólo de la teoría constitucional sino de la teoría jurídica. Ello, obedece a dos razones: 1. No sólo se trata de estar frente a la norma superior, sino que es una disposición que es posible aplicar en todos los casos, lo cual implica que el ordenamiento jurídico se constitucionaliza - vg. el caso del derecho laboral cuyos principios se elevaron al plano constitucional y con decisiones de la Corte se han desarrollado, incluso en el plano del desarrollo de derechos fundamentales como el mínimo vital móvil por su conexidad con la vida; y 2. Si se parte de entender que las decisiones de los jueces constitucionales tienen impacto político y jurídico es preciso que sus decisiones no dependan del capricho, sino que deriven de una clara fundamentación, y que puedan ser controladas racional y normativamente.

En el mismo sentido señala Uprimny que pese a la importancia del tema, la literatura y la discusión han sido reducidas en Latinoamérica y aunque hay críticas, el problema es que no se propone cuál es el método correcto de interpretación constitucional que se debía utilizar. Todo esto, concluye el autor, sólo evidencia que el tema de la aplicación judicial de la Carta Política es mucho más complejo de lo que se cree y no responde a cánones hermenéuticos tradicionales. En este contexto, aparece la tesis que pretende responder el autor, con la que establece que las dificultades que hay sobre el papel de la Corte Constitucional, comparten los problemas con la hermenéutica en otras esferas de la disciplina, en la medida en que “en todos los casos se trata de una labor jurídica, en donde unos jueces, por medio de procedimientos institucionalizados, resuelven controversias, invocando para ello unos patrones normativos relativamente predeterminados y compartidos” (Uprimny, 2001, p.457).

Resalta Uprimny que es preciso entender que la interpretación constitucional presenta ciertas particularidades, que se relacionan con el texto constitucional que es el sujeto de interpretación y con el rol político del juez constitucional y las implicaciones de sus decisiones. En relación con el texto constitucional se destaca que las normas de la constitución son abiertas y elásticas, con términos como dignidad humana, igualdad o libre desarrollo a la personalidad. Además, en las constituciones contemporáneas, temas como los derechos fundamentales, no están redactados de forma silogística, sino en términos de principios, con valores particulares, que se considera, deben ser protegidos en la mayor medida posible, pero sin precisar el carácter de dicha protección ni sus consecuencias. Así, las normas que hablan de principios presentan nociones de contenido variable. En igual sentido, “las constituciones contemporáneas se encuentran atravesadas por tensiones normativas permanentes y profundas” (Uprimny, 2001, p. 259), tales como autonomía vs. solidaridad; y que la norma fundamental no jerarquiza ni evidencia su preferencia.

Por todo lo anterior, la apelación de nuestra Carta Política al derecho natural, a través de la protección de dios, que no es cualquiera y que no puede asociarse a ninguna religión específica pues se garantiza la libertad de credos, que, con la denominación que se le ha dado entendiéndolo como *dios ilustrado*, permite afirmar que no podría haber normas ni interpretaciones acordes a la Constitución que atentaran contra los derechos fundamentales y que los jueces constitucionales, siempre deben fallar, retomando lo señalado por Uprimny en el párrafo precedente, “en términos de principios, con valores particulares, que se considera, deben ser protegidos en la mayor medida posible, pero sin precisar el carácter de dicha protección ni sus consecuencias”.

En consecuencia, Aclara Uprimny que estas características son aplicables a toda constitución de una sociedad pluralista, que se derivan de su propia naturaleza, elemento que resulta fundamental a la luz de la tesis que se sostiene en la presente investigación. Al respecto, señala que:

Las constituciones aspiran a convertirse en un pacto de convivencia democrática, por lo cual deben ser un punto de consenso entre perspectivas políticas distintas y aún contradictorias; por ello las cláusulas constitucionales tienden a ser generales e indeterminadas, y todo texto constitucional incorpora posturas filosóficas y políticas encontradas (Uprimny, 2001, p. 459).

Siendo este, uno de los dilemas de la interpretación constitucional: *la interpretación constitucional como concreción de la carta como punto de enlace entre diversas posiciones políticas y filosóficas* o, en otras palabras, se está hablando del impacto político que deriva de las decisiones de los tribunales constitucionales.

Resulta preciso mencionar que la justicia constitucional también se relaciona con las implicaciones políticas de las decisiones que se toman. Al respecto el juez constitucional tiene la posibilidad de in-aplicar a través del control difuso, o de anular a través del control concentrado, leyes que vulneren las disposiciones constitucionales, a diferencia de lo que puede hacer un juez ordinario. En esta medida, el tribunal

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

constitucional es un órgano anti-democrático porque le da a personas no elegidas popularmente la capacidad de definir el futuro de las normas. A este dilema se le conoce como el “dilema contra-mayoritario”, que suscita controversia sobre la legitimidad de la justicia constitucional, pero que impide que la voluntad de las mayorías prime, en temas que defienden intereses de las minorías. Aún así, vemos como a veces ni siquiera este poder puede frenar a esas mayorías. Un ejemplo es el mencionado caso de los Manuales de Convivencia donde el cierre del debate fue equivalente a desobedecer una decisión de la Corte en temas de discriminación en colegios; en este caso, por lo menos por el momento ni siquiera el poder del *dios ilustrado* ha logrado retomar la discusión y dar cumplimiento a la decisión constitucional.

Por otro lado, Uprimny aclara que el tribunal constitucional es órgano de cierre del ordenamiento jurídico y sus decisiones no admiten recursos, situación que da lugar a cuestionamientos importantes, dado que no existe la posibilidad de rectificar, salvo reforma constitucional y eventualmente, con la utilización de una vía de hecho como se ha presentado en la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional. En esta medida, la justicia constitucional parecería estar blindada por un elemento de infalibilidad, lo cual se une al carácter de sus decisiones, cuyos efectos no se limitan a lo que ocurre entre particulares, sino que impactan a la sociedad y al ordenamiento jurídico. Así es posible considerar que las decisiones de los tribunales constitucionales, constituyen fuente de derecho y modifican el ordenamiento. Con esto tendríamos el segundo dilema: *la infalibilidad de los fallos constitucionales para garantizar la seguridad jurídica y la igualdad formal* o la naturaleza de las normas constitucionales.

No obstante, establece Uprimny que la justicia constitucional se construye a partir de la interpretación de las normas constitucionales desde perspectivas diferentes. Entonces, si las categorías constitucionales son muy abiertas, diferentes jueces pueden darles un sentido distinto, lo cual también puede ocurrir frente a las normas que contienen principios. Así, el intérprete constitucional se podría entender como el más libre de todos y

esta situación encierra un problema para los Estados de derecho democráticos porque los jueces que le dan sentido a la norma constitucional están, y en este punto se va más allá de lo que establece Uprimny, de alguna forma, por fuera del derecho mismo, por lo menos por fuera del principio de legalidad.

De hecho, estarían en el ámbito del derecho natural pues deben acudir a principios y valores extra-normativos pero compatibles con la carta política sujeta a examen. Acá encontramos, el tercer dilema de la justicia constitucional: *las decisiones de los jueces constitucionales van más allá del derecho*, que, en otros términos, constituye la posibilidad del tribunal constitucional de actuar por encima del ordenamiento jurídico como mecanismo de cierre de discusiones constitucionales; y la pregunta que cabría en este punto es ¿si éste es un problema de la interpretación constitucional o de la teoría de la argumentación jurídica en general? Los riesgos de la argumentación jurídica, se relacionan con establecer si toda argumentación – y toda interpretación es posible - so pena de terminar por encontrar juristas que, en el desarrollo de su profesión, se comportan como cínicos morales y políticos justificando argumentativamente cualquier respuesta.

En términos de Uprimny, el dilema de la justicia constitucional, que en el presente texto dividimos en tres - naturaleza de las normas constitucionales; impacto político de las decisiones de los tribunales constitucionales y su posibilidad de actuar como fuente de derecho; y la actuación por encima del ordenamiento jurídico como mecanismo de cierre de discusiones constitucionales-, implica la necesidad de recortar al máximo la libertad interpretativa del juez constitucional, pues sus decisiones afectan la vida cotidiana de las personas en un ordenamiento jurídico y puede ser la aplicación más terrible del poder de juzgar, pues constituye la última palabra en las discusiones jurídicas en las democracias constitucionales.

Finalmente, Uprimny aporta un elemento adicional al análisis que se viene planteando, y que se presenta como una pregunta, ¿es posible pensar en la constitución

como un texto que positiviza los valores supra-legales y en este sentido, normativiza los postulados del derecho natural? Esta pregunta pretende indagar acerca de la posibilidad que existe de entender que el logro del derecho positivo es llevar a textos normativos, las pautas propias del derecho natural; e indagar si la constitución, particularmente la colombiana, no podría ser entendida como un texto positivo de derecho natural, por lo menos en términos de su carta de derechos, que es el espacio en donde los valores y principios se ven claramente expuestos. Por otro lado, cabría preguntarse ¿si no es posible entender que, desde el constitucionalismo contemporáneo, la divinidad (la razón, la naturaleza, el órgano superior y extralegal) podría considerarse como el tribunal constitucional?, situación que no parece descabellada si se miran los textos analizados a lo largo del presente texto y particularmente aquellos que hablan sobre el rol de la justicia constitucional, en este sentido, la concreción del *dios ilustrado*, su expresión en la vida cotidiana, sería a través de las actuaciones del tribunal constitucional.

4.3.3. Un reto frente al formalismo jurídico

Diego López Medina, en su texto *El Derecho de los Jueces*, plantea un reto frente al formalismo y al tradicionalismo jurídico (positivismo jurídico), y frente a la mirada hegemónica, tradiciones heredadas de Europa continental, aunque en nuestros términos, que consiste en entender de otra forma el rol de los jueces, particularmente de los constitucionales y en consecuencia del tribunal constitucional. Para López, el problema se presenta cuando la Corte Constitucional colombiana realiza una analogía frente a lo señalado por la Corte Suprema norteamericana, señalando que los derechos son lo que dicen los jueces, a través de sus sentencias de tutela (López Medina, 2002), perspectiva completamente revolucionaria en nuestra cultura jurídica.

López realiza un análisis contextual e histórico del desarrollo de la Corte Constitucional y muestra cómo se fue pasando de una interpretación muy rígida del rol de los jueces, a otra que contempla la posibilidad de generar “valor formativo” a sus sentencias, a partir de la cláusula de igualdad frente a la ley establecida en la Constitución

Política: es decir, que no se deberían desconocer decisiones previas pues con ello se podría estar fallando sin criterios de igualdad. Pese a ello, es claro, para el autor, el desconocimiento de esta idea por parte de otros jueces ordinarios y de las cabezas de las altas cortes. Frente a esta situación la Corte Constitucional, en su segunda versión (1995-2000) plantea un sistema de disciplina jurisprudencial, mediante el cual puede revocar las decisiones de otros jueces “que violen o desconozcan, sin adecuada argumentación, las líneas jurisprudenciales bien asentadas que hayan sido proferidas por la Corte” (López Medina, 2002, p.70).

La tercera Corte logra mantener la importancia jurídica y política que había adquirido la justicia constitucional, mostrando que no vulneraba la concepción tradicional del sistema de fuentes, es decir, dando a la jurisprudencia carácter de fuente auxiliar. En este periodo, también se incrementa el choque de trenes con el Congreso, acusando a la Corte Constitucional de estar suplantando a las demás ramas del poder público, dirigiéndose a lo que se conoce como *gobierno de los jueces*. En los años posteriores, la Corte Constitucional colombiana continúa en sus esfuerzos por lograr contar con un precedente constitucional vinculante y en esto ha avanzado fuertemente. Sin embargo, la discusión sigue abierta sobre el trabajo inter-institucional y las cortes no son igualmente atentas a seguir las decisiones de sus pares de cierre, siendo, en palabras del autor, más receptivo el Consejo de Estado que la Corte Suprema de Justicia y que la Corte Constitucional frente a lo establecido por las demás.

En el mismo sentido, López expone la necesidad de reevaluar el rol jurídico y político de la jurisprudencia y en este sentido define el formalismo como el escenario en el que el ius-positivismo puede expandirse al máximo y esto se sustenta en que desde esta mirada, las fuentes de derecho son rígidas y están reguladas y sólo se entienden como principales aquellas que surgen del órgano legislativo. En otras palabras, para el formalismo, la ley es la ley y punto. El reto frente a esta mirada, comienza por asumir que la jurisprudencia tiene un rol dinamizador social que da vida al derecho y le permite adaptarse a la realidad. Establece el autor que Colombia ha tenido dos periodos en su historia en donde se ha

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

desafiado al formalismo: en la década de los 30 del siglo XX, que coincidió con la primera oleada del “constitucionalismo social” y la más reciente, que describe a profundidad, y que inicia con la Constitución de 1991, el acontecimiento objeto de análisis de la presente investigación, en la que se ha visto la importancia política y jurídica de la justicia constitucional en los procesos de transformación social y política desde el derecho (López Medina, 2002).

La visión propuesta por López Medina asume, entre otras cosas, que el derecho es ante todo una disciplina hermenéutica, lo cual es coherente con establecer que la teoría pura del derecho positivo para entender los fenómenos jurídicos y políticos que se derivan de la construcción del derecho son insuficientes; y para entender que los valores y principios que subyacen y que evidencian la perspectiva moral del derecho, no son sólo secundarios, sino que se requieren. En el caso expuesto por el autor, el rol más revolucionario está en manos de la justicia constitucional.

En síntesis, el derecho no sería para López, visión que se comparte con él, simplemente un conjunto de normas predeterminadas, sino que es preciso ir más allá. Con esto en mente, plantea López que los anti-formalistas sugieren que el sistema de fuentes es dinámico y plural, con elementos del derecho moralizante, del realismo jurídico, entre otros, y que los actores que hacen parte del juego, como sugiere Bordieu, pueden reorganizarlas y coordinarlas de formas diversas. Así, la justicia constitucional debe ser entendida como un escenario de discusión política y social que implica una mirada crítica frente a la realidad jurídica que nos rodea, una mirada que exige la aplicación de valores y principios que, aunque son extra-normativos son parte del ordenamiento jurídico y entran a éste gracias a la justicia constitucional estando legitimados por el derecho natural que se evidencia gracias al *dios ilustrado*.

El texto de López continúa mostrando la relevancia de los tribunales constitucionales para efectos de la construcción de los derechos, siendo evidente que las normas escritas, y que el derecho positivo no son suficientes. Así pues, el rol del derecho natural en la construcción constitucional evidencia la necesidad de retar el mito positivista y la necesidad de darle vida a la constitución a través de la interpretación, por lo menos en materia de derechos fundamentales. En esta medida, se puede afirmar que la realidad jurídica y constitucional, no depende de la norma escrita; y que los esfuerzos por reinventar el derecho desde la argumentación jurídica son necesarios para dinamizarlo y para que sea parte de una sociedad democrática y plural.

¿Hasta dónde puede llegar esta posibilidad de entender el derecho desde lo que dicen los jueces? Desde la interpretación que se acoge en esta investigación, el límite lo da la apuesta pluri-religiosa pues se está inventando una nueva realidad, la del pluralismo que tiene como reto ejercer la libertad de cultos en medio de la fuerza que el estatus-quo católico y cristiano tienen, fuerza que se asocia con la voluntad o el sentir de la mayoría, un sentir que muchas veces resulta peligroso para garantizar los derechos fundamentales de individuos y minorías. Entonces, el reto al ius-positivismo consiste en encontrar que el derecho es una construcción argumentativa y hermenéutica que va más allá de las normas escritas.

Capítulo 5. Dos constituciones creyentes: desde el imperio del estado confesional hasta la Constitución de 1991

5.1. El imperio del estado confesional

En este aparte se quiere evidenciar una perspectiva, entre muchas que pueden existir, sobre la forma en que, desde la colonia y hasta la Constitución de 1886 se asumieron ideas iusnaturalistas y católicas, como parte del proceso independista y luego de constitucionalización. Sin embargo, no se pretende mostrar un análisis detallado histórico ni un planteamiento sofisticado sobre los procesos mencionados. Sólo se tiene la pretensión de abrir el debate y presentar ciertas ideas que dan la posibilidad de delimitarlo. La perspectiva que se presenta, proviene teóricamente de lo expuesto por Mejía y Tickner en su libro *Cultura y democracia en América Latina: Elementos para una reinterpretación de la cultura y la historia latinoamericanas*, que luego se complementa con lo señalado por Ricardo Arias en su texto *El episcopado colombiano: intransigencia y laicidad 1850-2000*. Así mismo, se plantearán las ideas que al respecto sirven para evidenciar la tesis sostenida en la presente investigación.

Mejía y Ticker plantean que es ingenuo creer que la herencia que tenemos, en términos de democracia y constitucionalismo provienen, exclusiva o preponderantemente, de las revoluciones Francesa y Norteamericana, en la misma línea de Marquardt y Chavellier, y en este sentido, debería comenzarse por entender que “[d]e España, América latina heredó, hizo suyo, recreó y profundizó no sólo una cultura capaz de asimilar otras, sino todo un ideario, unas instituciones y unos hechos históricos de inconfundible talante democrático” (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 185). Así pues, la idea de haberse apropiado en sus propios términos de la herencia da lugar, como lo sugiere López, de una adaptación y construcción propias del proceso democrático y de su posterior constitucionalización.

Como ejemplo de lo anterior resulta importante destacar que, desde el humanismo cristiano español, se considera que el origen de la categoría estado se debe al derecho natural y a la necesidad de la comunidad de organizarse socialmente, una comunidad que es en sí

misma, una persona moral y en este sentido debe responder a valores y principios que valen por sí solos, más allá del órgano que los quiera representar. Por su parte, vale la pena resaltar que en términos coloniales, el papel fundamental lo jugó el humanismo crítico contestatario que se basaba en una idea que se mantuvo en el tiempo: “la defensa del hombre americano, ya fuera éste indígena, mestizo, criollo, contra los abusos y desmanes del poder colonial” (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 204), lo cual complementa la mirada que evidencia que la herencia proviene de diferentes fuentes que van desde las ideas cristianas hasta la ilustración y el enciclopedismo.

De lo anterior, se puede inferir que esa idea de hombre americano hacia parte de otros valores como la igualdad y el reconocimiento a la diversidad, que, aunque no estuvieran consagrados como derechos, sí se reflejaban en el discurso. Así mismo, la idea de hombre americano, en este contexto, permite asumir la intención de darle a ese hombre un valor moral que le permite ser parte de ese estado, entendido, a su vez, como persona moral. Como se deriva de estos planteamientos, desde la colonia el derecho natural no se limitó a los postulados católicos, sino que se constituyó gracias al contexto ilustrado que permitía pensar en la corriente racionalista e historicista y no solo en la teológica. También se evidencia que la idea de principios y valores no estaba imbuida solamente en un escenario religioso particular sino en otros contextos que exigían pensar en el individuo como sujeto moral.

Señalan los autores que el humanismo se desarrolló en tres fases en Iberoamérica (Mejía, Oscar y Tickner, 1992):

1. Humanismo renacentista, que va desde el descubrimiento hasta finales del S XVII y que fue común a España y América. Esta fase se fundamentó en el reconocimiento de la humanidad y en la integridad del indígena y el respeto de formas autónomas de vida. Este humanismo se opuso desde el comienzo a la esclavitud y se constituyó en un esfuerzo por aceptar la hibridación cultural (cosmogonía y religión católicas).
2. Humanismo de transición o humanismo barroco, que se ubica en la segunda mitad del S XVIII y cuyo espacio era la ciudad colonial. Se centraba en el ciudadano y no en el

indígena y evidenciaba las contradicciones que llegaron a caracterizar a la sociedad colonial y que desembocarían en “la toma de conciencia del hombre americano sobre sí mismo, su realidad y sus contrastes” (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 205).

3. Humanismo ilustrado que se fundamenta en la reivindicación del derecho a la resistencia, del ideal de la autonomía y de la auto-conciencia americanista, por medio de un discurso crítico. Desde esta aproximación se adopta teóricamente la categoría *mestizo*, como sujeto y objeto de práctica social. También se deriva del humanismo ilustrado, un interés por la ciencia que se concretó en las expediciones botánicas e inspiró desde el cristianismo comprometido, varias rebeliones comuneras de la segunda mitad del s XVIII (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 206)

En este contexto diverso se desarrolla el espíritu y el *ethos* político de la colonia, que siempre estuvo permeado por el iusnaturalismo, conforme a lo establecido por los autores y que apoya parte de la hipótesis de la presente investigación. Al respecto, vale la pena ampliar lo referente a las rebeliones comuneras, enfatizando en lo que destacan los autores, cuando exponen que en todas ellas se compartían creencias universalmente compartidas con respecto a la comunidad y a la libertad, siendo entonces claro que el ideario de comunidad y la defensa del bien común acompañaban estas luchas, con las restricciones propias del derecho natural. Concluyen los autores que los movimientos rebeldes, al lado del humanismo descrito, cuentan con un profundo sentido democrático que en ocasiones fue superior al que se logró en la época independentista y es preciso señalar que fue construido por factores propios y preponderantemente endógenos, nuestra propia visión, siendo posible asumir que “la influencia exógena fue siempre un elemento circunstancial y secundario” (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 208).

Por su parte, en la independencia cabría mencionar la evidente emancipación de España, pero sin dejar de lado que en el espíritu democrático prevalecía la lucha entre criollos y burguesía española. Así, la denominada Patria Boba (en el territorio de la Nueva Granada), categoría que Marquardt cuestiona, es sintomática de lo que ocurría en Hispanoamérica, es decir, la forma en que “el caudillismo regional de las oligarquías criollas” quería acceder al

poder, sin conceder nada al pueblo – indígenas, negros, mestizos, zambos y criollos pobres - . Este antecedente le sirve al Libertador para declarar la libertad de los esclavos y seguir los pasos de Haití. Así mismo, logra dar a los llaneros la alternativa militar negada por los españoles. Con esto, logró imprimirle al proceso independentista el matiz social que requería (Mejía, Oscar y Tickner, 1992); matiz permeado de valores que luego serán equiparables a aquellos que se defienden hoy en día en cualquier escenario democrático.

Sin embargo, el compromiso social iba más lejos, aunque se rompió al día siguiente de haber alcanzado la emancipación, dando cabida al apelativo ya mencionado: Patria Boba. Pese a ello, no se puede asumir que lo ocurrido en la Nueva Granada y en toda Hispanoamérica fuera un proceso anti-democrático; todo lo contrario, fue el primer logro democrático de Iberoamérica. Así, vale la pena destacar que la democracia en el continente se presenta, como señalan Mejía y Tickner, de forma ambivalente, a veces con avances fuertes y otras veces con grandes retrocesos. Situación que evidencia que: “[l]a democracia como la cultura, no es invento de ningún país ni de ninguna nación” (Mejía, Oscar y Tickner, 1992, p. 17). En efecto, es una construcción histórica y del derecho natural que permite que los estados avancen en términos de la necesidad de garantizar derechos individuales.

Ahora bien, luego del proceso de colonización y de los intentos de independizarse, Colombia se vio fuertemente influenciada por el catolicismo, no solo por la evidente herencia española que permeó la idiosincrasia criolla, sino por la debilidad del Estado que en muchos momentos históricos se vio en la necesidad de acudir a la Iglesia como poder paralelo que no lo desamparara y que le permitiera, así fuera de manera formal, continuar detentando la soberanía. En efecto, la Iglesia católica en Colombia llegó a permear la mayor parte de instituciones gubernamentales y se afianzó en la sociedad en el siglo XIX, particularmente cuando entró a regir la hegemonía conservadora, es decir, con la Constitución de 1886 y se prolongó con tímidos esfuerzos modernizantes, hasta 1930 y luego continuó imperando hasta que llega la Carta de 1991. Después de 1991 y su consecuente fortalecimiento de la libertad de credos, continuó existiendo un fuerte arraigo al catolicismo, pero, paralelamente, fueron creciendo otras creencias religiosas como las cristianas que a 2017 cuentan con gran fuerza

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

política en el Congreso y constituyen un poder social muy relevante, que en esta investigación se ha denominado como sentir popular.

Con respecto al fenómeno de confesionalización del estado colombiano también es preciso señalar que no fue sólo responsabilidad de un estado débil, pues la Iglesia católica tenía su propio plan, dado que no ha querido, históricamente, perder su poder regulador. Al respecto, Arias ilustra la forma como el Vaticano reafirma su rol como detentador del poder, señalando que:

La “modernidad”, fruto del liberalismo, debe ser combatida a toda costa: a los intentos de aquellos que pretenden construir “un mundo indiferente a Dios”, en el que, en el mejor de los casos, la religión queda relegada a un asunto privado y en el que la Iglesia Católica pierde sus “derechos naturales”, el papado opone, como paradigma, la reconstrucción de un “orden cristiano (Arias, 2003, p.17).

Pero la incorporación del catolicismo y de la Iglesia católica en nuestra Carta Política y en el sistema jurídico nunca fue pacífica, de hecho, incluso en los tiempos del surgimiento y de la consolidación del catolicismo integral e intransigente, definido temporalmente por Arias entre 1850 y 1934, evidenció una puja entre laicidad e imperio de la Iglesia católica. En efecto, sólo hasta 1850, se puede pensar en el imperio de la Iglesia católica, como propuesta integral de carácter social. En este periodo histórico que inicia en el año mencionado y se extiende hasta 1934, el catolicismo incorpora los principios del catolicismo integral para hacer frente a las propuestas modernizantes y liberales; mostrando su triunfo con la Constitución de 1886 que, como ya se sabe, se sostuvo hasta la década de los noventa del S XX.

En la década de los veinte y luego en 1930 con el gobierno de López Pumarejo, se presentó un nuevo intento para introducir la laicidad. Nuevamente dan su estocada tanto la Iglesia como los conservadores (1943-1953) y, posteriormente, llegan los militares; todos

estos grupos reacios a los cambios en el estatus-quo. Más adelante y en medio de las décadas más sangrientas de la historia del país, la Iglesia presenta propuestas y principios propios de la laicidad, mostrando una tendencia a cierta transformación de la propuesta católica integral e intransigente, como la denomina Arias, particularmente con la llegada del Vaticano II. Así pues, desde la década de los sesenta en el país se presenta un fuerte proceso de secularización normativa, aunque no necesariamente coincidente con lo que ocurría socialmente, dado que la sociedad colombiana era y continúa siendo profundamente creyente, no solo en la Iglesia católica sino en múltiples visiones y religiones. El último periodo señalado por Arias correspondería a nuestro *acontecimiento*, es decir, a la Constitución de 1991 y a su proceso constituyente y por supuesto, a lo que se derivó de ella, que en esta investigación se puede denominar como el origen y surgimiento del *dios ilustrado*, que probablemente nunca ha estado completamente ausente de la propuesta constitucional colombiana.

Finalmente, resulta importante aclarar que la tesis que sostiene Arias es opuesta, por lo menos parcialmente a la que se sostiene en la presente investigación, pues para él la Carta de 1991 si constituye una apuesta laica, en la medida en que, para él, el reconocimiento de la libertad religiosa y el reconocimiento del carácter plural de la sociedad colombiana, evidencian la apuesta por la des-confesionalización. Por su parte, para efectos de lo expuesto en el presente texto, la libertad religiosa y el reconocimiento de la diversidad de cultos muestra un nuevo carácter confesional no arraigado a una iglesia particular sino a la protección genérica de un dios, *el dios ilustrado*.

La tesis del autor es que los proyectos laicos no han fracasado, como piensan muchos autores, por la oposición recalcitrante de los defensores del catolicismo, sino que lo que evidencian las creencias es que el hombre político, el ciudadano, no actúa de acuerdo a sus convicciones políticas. De otra parte, esta investigación asume que la Carta de 1991, así como la de 1886, continúa siendo una constitución creyente, aunque matizada pues ahora avala la existencia de cualquier dios, pero en todo caso, más cercana a la pluri-religiosidad que a la laicidad.

Se considera, pues, que en el caso colombiano se tiene una constitución y una apuesta de sistema jurídico que no son neutrales ni indiferentes frente a dios, pero a un dios que es más cercano a la propuesta ilustrada en términos de derechos que a una ligada a unos valores propios de una sola confesión como sería la profesada por los católicos. Esto es lo que se intenta probar. Sin embargo, se comparte con Arias, que la apuesta, en principio es mucho menos confesional que la anterior y evidentemente se da un giro, pero en instituciones como el matrimonio y la adopción igualitarias, dicho resulta ambiguo y débil, pues aunque la Corte Constitucional falla en el sentido de la protección de los derechos fundamentales, el sentir popular, expresado incluso en decisiones o en omisiones de funcionarios públicos como el exprocurador Alejandro Ordoñez intentando inaplicar la sentencia C-355 de 2006, y algunos notarios, registradores y defensores de familia asustados, mientras que estuvo el procurador señalado, evitando concretar exigencias de la Corte Constitucional en las materias mencionadas previamente o el caso en el que el presidente Juan Manuel Santos, por evitar daños sobre el proceso de paz, impidió el debate sobre la discriminación en manuales del convivencia.

En igual sentido, se considera que la apuesta de la Constitución de 1991 sigue siendo moralizante, expresando una moral que no sólo puede llegar a compartir la Iglesia católica, que se ha modernizado y ha incorporado principios laicos, sino en la que el derecho natural de carácter racional e histórico es parte integral, la Carta de 1991, la Carta del *dios ilustrado*, la Carta de los derechos que no son otra cosa que principios y valores normativizados, positivizados

5.2. La constitución confesional y la imposibilidad de separar la iglesia del estado

En este apartado se reconstruirá la discusión en torno al estado confesional y al estado laico en Colombia, desde la Constitución de 1886. Se pretende entender cómo se concebía el derecho y cuáles eran las corrientes filosóficas y políticas que guiaban la discusión y determinaban el alcance del estado colombiano como estado confesional. Lo primero que habría que decir es que la Constitución de 1886, se inspiró en el modelo de estado liberal, en

contraste con la pretensión que trae la Constitución de 1991 de convertirse en un estado social de derecho, que se preocupa por todos y particularmente por los más vulnerables, y que tiene una pretensión de inclusión material de los diferentes actores y sectores que hacen parte de nuestro país.

Así, desde el punto de vista histórico y de la práctica política, se puede afirmar que el imperio del estado confesional en Colombia se prolongó

desde el periodo de la Colonia hasta la guerra civil de mediados del siglo XX, mejor conocida como la Violencia, la Iglesia Católica se mantuvo como la institución más poderosa de Colombia. Su influencia se hacía sentir en todos los campos sociales, incluidos los campos político, cultural y educativo. Esta influencia no se limitaba a la esfera pública, sino que se extendía al espacio propio de la vida privada: orientando y regulando la vida de la mayoría de los colombianos (Beltrán Cely, 2013, p.59).

La Constitución de 1886 recobró la fuerza del centralismo que tuvo sus raíces en el proceso independentista. A partir de esta posición, se crean divisiones administrativas y el eje del poder se maneja desde el ejecutivo, evidenciando la tendencia Latinoamericana de confundir o de escindir democracia con regímenes presidencialistas, que, además, permiten mostrar una analogía entre la jerarquía política y la de la Iglesia católica, en cuyas cabezas están el presidente y el sumo pontífice, respectivamente, y el poder emana de manera vertical y de forma descendente desde dichas cabezas. Así, pese a hablar de división de poderes, es posible hacer la analogía que al respecto sugiere Oscar Mejía, al establecer que “sólo cuando hay un soberano en la nación, (...) puede haber un poder en el Estado, el del presidente” (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011, p.43).

Es indudable entonces que la Constitución de 1886, se puede ubicar claramente como propuesta confesional, al establecer como fuente soberana de autoridad a dios y como única religión del estado, a la católica. Como ya se ha señalado, el preámbulo de la Carta Política, habla de dios como fuente suprema de toda autoridad. Así mismo, la Carta establece como religión oficial a la católica, considerándola, como un elemento esencial del orden social; al

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

llegar incluso a establecer la posibilidad de crear normas con el vaticano (los concordatos) y de establecer relaciones, con implicaciones jurídicas entre la potestad civil y la eclesiástica, por ejemplo brindando prerrogativas.

En este contexto, *la norma de normas* otorgaba a la Iglesia católica privilegios en esferas como la tributaria y la legislativa, dando paso a la existencia y al reconocimiento de una jurisdicción eclesiástica paralela, que se concretaba en el manejo que se daba a instituciones jurídico-religiosas como el canónico, el cual no sólo contaba con los efectos propios de la unión religiosa sino con efectos civiles, que quedaban consagrados en el Código Civil, por concesiones normativas. Por otro lado, la Carta de 1886 otorgaba a las órdenes religiosas el manejo de buena parte de la educación básica. En igual sentido, el alcance de las libertades públicas quedaba atado a los límites de la ley, pero *conforme a los criterios de la moral cristiana y del orden público* (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011), no siendo posible diferenciar lo jurídico de lo religioso y pudiendo afirmar la existencia de un estado confesional.

Se tiene entonces que la Constitución de 1886 se movía políticamente entre el pensamiento conservador y los parámetros del estado liberal (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011) y (Motta, 1995). Lo cual, pese a la aparente paradoja, resulta coherente con la realidad política (batallas entre liberales y conservadores), social (una élite burguesa que continúa estableciendo el deber ser en nuestro país) y económica (una economía dirigida al capitalismo y al posicionamiento de los valores del individualismo liberal) de la época. Como señala Mejía, desde su análisis de lo propuesto por Valencia Villa en su texto *Las constituciones federales*:

aunque la constitución sea de inspiración conservadora, mantiene el estatuto de los privados (incorporado por el régimen liberal) como el elemento invariable de la estructura social, pues no podría ser de otra forma tratándose de una sociedad capitalista. (...) De manera que “todo puede modificarse salvo el eje referencial de la sociedad burguesa, el conjunto de normas que hacen posible y legítimas a la vez las

relaciones jurídicas de propiedad y las relaciones económicas de apropiación” (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011, p.44).

Por su parte, y como se verá reflejado en la historia del concordato en Colombia, el monopolio religioso católico fue retado durante el Siglo XIX y durante la primera mitad del Siglo XX, por los liberales radicales, en distintas oportunidades, situación que muestra Ricardo Arias en el texto de su autoría ya referenciado (*El Episcopado colombiano: Intransigencia y laicidad 1850-2000*). En efecto, las propuestas de oposición se hacían sentir en grupos como los francmasones, las universidades públicas y las liberales y los incipientes grupos de protestantes. La Iglesia católica, por su parte, respondió a estas amenazas de forma exitosa a partir de sus privilegios y de las elites en las que su poder tenía incidencia.

Este tire y afloje dirigido a la propuesta de secularización estuvo influenciado por políticas gubernamentales encaminadas hacia la modernización, apertura de mercados, industrialización, desarrollo de los medios de comunicación, entre otros; procesos encaminados a hacer del país un proyecto moderno, en donde la laicidad podía tener cabida (Beltrán Cely, 2013). Estos procesos incidieron en el poder de la Iglesia católica, dado que, con los nuevos actores, ella perdía posibilidades de controlar todos los espacios de la vida social, política y económica como lo había hecho hasta el momento. Sin embargo, su poder continuó, así mismo se sostuvo su propuesta moralizante.

Otra evidencia de la lucha entre la Iglesia Católica y los intentos por su separación de la vida del estado, se hizo evidente con las múltiples enmiendas de las que fue objeto durante su vigencia, la Carta de 1886. En efecto, en gran parte de los sesenta y siete actos legislativos expedidos entre 1894 y 1986, se evidenciaba no sólo la lucha de poderes entre liberales y conservadores y el intento por balancearlos que mostraba las posiciones morales de unos y otros y que dio origen al Frente Nacional, sino una lucha entre intentos por limitar el poder de la Iglesia católica y en contraposición por legitimar su estatus- quo. Esta situación, la ilustra apropiadamente Oscar Mejía, al traer a colación lo expuesto por Valencia Villa, desde el historicismo, al establecer que

(...) Colombia es la más estable y antigua república constitucional de América Latina y sus dos partidos políticos tradicionales se han mantenido en el poder por más tiempo que otros de cualquier país del área. Sin embargo, el prestigio de la estabilidad institucional de su régimen de democracia representativa, contrasta con el elevado número de normas constitucionales que se requirieron para la formación del Estado nacional y con las casi setenta reformas a la ley fundamental de 1886 que selló la unión del territorio. Así mismo el país ha vivido once guerras civiles nacionales y largos períodos de legalidad marcial desde mediados del siglo XX (Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, 2011, p.25).

Así pues, la Constitución de 1886 prevaleció durante su más de un siglo de existencia como una apuesta confesional, que era retada por intentos liberales de secularización. Esta fue una constitución creyente que mostró la gran influencia de la Iglesia católica en el devenir constitucional y que consolidó una forma de entender el poder estatal, como uno ligado al poder soberano de dios, un dios católico que, evidenciada el sentir popular, un sentir profundamente religioso y arraigado a valores del derecho natural teológico.

5.3. La historia del concordato: vigencia vs imaginario

Luego de una amplia discusión sobre donde ubicar la historia del concordato, se consideró que éste era el lugar más apropiado. Con este aparte se quiere evidenciar que el concordato cobró vigencia y fuerza en el marco de la Constitución de 1886, pero que pese a los intentos por declarar su inconstitucionalidad completa luego de la entrada en vigor de la Carta de 1991 y a la declaratoria de inexecutable de la mayor parte de su articulado, a la fecha el concordato continúa siendo ley de la república y una incoherencia con una posible apuesta laica, siendo este el inicio del cuestionamiento sobre su existencia y sobre la posibilidad de encontrar otro tipo de formas constitucionales, como la pluri-religiosa que se propone en esta investigación.

En otras palabras, este antecedente, la vigencia del concordato, permite afirmar, en un principio, la hipótesis que se estudia en la presente investigación, que la Constitución de 1991 no es un proyecto laico pero gesta el terreno, con el proceso por el que fue creada y con el desarrollo que de sus normas hace el tribunal constitucional para el *dios ilustrado*, el dios de la razón y del respeto por derechos fundamentales y por el individuo entendido como un fin en si mismo, calidad moral heredada de la ilustración y del imperativo categórico kantiano.

Entonces, la historia de los concordatos firmados con el Vaticano son evidencias tangibles del poder de la Iglesia católica y en consecuencia del estado confesional que se derivó de la Carta de 1886. A lo largo de la historia constitucional de nuestro país, el Estado ha firmado tres concordatos con la Iglesia católica. Uno en 1887, que aparece como consecuencia del cambio constitucional y de la ruptura entre la Iglesia y el Estado. En efecto, después de un par de intentos fallidos, con la Ley del 14 de junio de 1853 se anuló el patronato (antecedente del concordato)⁶⁷ y se decretó la separación entre el Estado y la Iglesia Católica, lo cual fue un primer intento por secularizar el Estado colombiano.

Sin embargo, este intento de separación entre asuntos eclesiásticos y jurídicos llevó a enfrentamientos, incluso violentos, que terminaron con eventos como la expulsión de varios jesuitas y la aprobación de normas que pretendían inspeccionar los diferentes cultos. En este contexto, los postulados normativos de la Carta Política de 1886 eran propicios a los derechos de la Iglesia católica (preámbulo y reconocimiento de la preponderancia de la religión y moral católicas) y el concordato constituía una forma de acabar con los enfrentamientos y retomar

⁶⁷ El patronato es el antecedente del concordato y además una evidencia clara de la herencia cultural y religiosa de España que fue la protagonista de nuestro proceso de conquista y colonización. El patronato es una figura jurídica que resulta de la necesidad que tiene la Iglesia católica de ser favorecida en el ejercicio de su ministerio. Los favorecidos tenían un derecho de patronato, que consistía en que los favorecedores o patronos podían presentar ante el ordinario respectivo, el nombre de los beneficiados, superiores o religiosos a cuyo cargo y dirección debería estar la obra fundada por el patrono (un templo, un colegio, un hospital, etc.). El patronato era un privilegio aristocrático, que la Iglesia católica recibía muy bien, por haber adoptado la jerarquía monárquica, muy similar a la española (Valencia Villa, 2010). Al respecto, vale la pena mencionar que la ley que aprobó el patronato eclesiástico se remonta a 1824 y gracias a ella, los poderes que antes tenía el monarca español, quedaron en manos del gobierno nacional, siendo su potestad la aprobación de nombramientos eclesiásticos y la recolección de impuestos religiosos (El Espectador, 2017a).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

el rumbo de las relaciones, en *pro del orden social*, siguiendo las palabras de algunos de los liberales y conservadores que participaron en su aprobación. En este contexto, vale la pena mencionar dos de los elementos de relevancia histórica que surgieron del concordato de 1887: el otorgamiento de efectos civiles al matrimonio católico y el andamiaje para brindar orientación cristiana en la educación (Pabon Nuñez, 1975).

Posteriormente, se encuentra el concordato de 1942, que aparece como reacción frente al contexto político de la época, particularmente frente a ciertos hechos acontecidos entre 1930 y 1935. Por ello es fundamental tener en consideración que:

Los veredictos de los dos partidos tradicionales colombianos sobre la "cuestión religiosa" implicaron que los más fuertes defensores de la Iglesia fueran conservadores y los más anticlericales fueran liberales. La elección de Olaya Herrera, presidente liberal, en 1930 les dio esperanzas a quienes querían construir un país más laico, después de casi cincuenta años de gobiernos conservadores aliados con el clero. Sin embargo, los presidentes de la República Liberal querían evitar un conflicto eclesiástico; ciertos anticlericales impulsaron desde la prensa y desde sus puestos políticos una discusión sobre la "cuestión religiosa". La alta jerarquía eclesiástica se sentía amenazada, y decidió organizar un Congreso Eucarístico Nacional, que se celebró en agosto de 1935, como muestra colectiva de fuerzas para hacerles frente a los descreídos. La mayoría izquierdista del Concejo municipal de Bogotá envió al Congreso un despectivo telegrama; esa misiva y la reacción que provocó en los miembros del clero aunaron los temas y los miedos de los actores de los dos extremos del debate, acallando las voces más moderadas. Los opositores se convirtieron en caricaturas y el discurso político se inclinó aún más hacia un "diálogo de sordos" empleando una retórica de violencia y eliminación (Williford, 2011, p.28).

Todo esto culminó con la aprobación del segundo concordato, el de 1942 y como acababa de haber una enmienda constitucional relacionada con la libertad religiosa y de enseñanza, resultaba adecuado buscar modificar algunos aspectos del anterior acuerdo entre

el Vaticano y el Estado colombiano. Varias décadas después, se aprobó el tercer concordato, el de 1973, aún vigente, pese a especulaciones en contrario. En este último concordato, se establecieron aspectos como: libertad religiosa para todas las confesiones y para todos los habitantes del país; así como la libertad de enseñanza y la obligación estatal de apoyar económicamente los planteles educativos católicos. Se abolió al igual que en el de 1942, la ley de apostasía, viabilizando con esto, la posibilidad de que el católico pudiera contraer matrimonio canónico o civil (Pabon Nuñez, 1975).

Es así como se puede hablar de por lo menos cuatro etapas en la relación del Estado colombiano con la Iglesia católica, tres de ellas expuestas por Lucio Pabón Núñez, quien a su vez las toma del análisis realizado por Vásquez Carrizosa⁶⁸ y otra, que se deriva de lo ocurrido después de la Constitución de 1991 y que se construye para la presente investigación, a seguir: 1. Patronato, privilegio alcanzado por la Corona Española y herencia de la misma, pero que no fue avalado por el Vaticano y fue anulado; 2. Separación (1853 y 1886), beligerancia estatal contra la Iglesia católica; 3. Concordataria, cuyos antecedentes se remontan a 1887 (el Concordato de 1887, el Concordato de 1942 y el Concordato de 1973), éste periodo se caracteriza por el entendimiento entre Iglesia y Estado (Pabon Nuñez, 1975); 4. Nuevo intento de separación de la Iglesia y el Estado colombiano (Constitución de 1991), que se ha caracterizado por intentar dividir el derecho de la moral religiosa en un constante debate entre las dos esferas.

En otras palabras, en Colombia la Constitución del *dios ilustrado* es decir la de 1991, es interpretada por jueces y otros actores cuyas decisiones tienen incidencia constitucional, de forma ambivalente pues se debaten entre posiciones religiosamente neutrales y no neutrales; lo cual refleja falta de coherencia en las decisiones y posiciones tomadas por operarios jurídicos en diferentes instancias del Estado: rama judicial, rama legislativa y rama ejecutiva, que evidencian que la neutralidad en temas religiosos que pretende promoverse en nuestro país y que avalaría el proyecto laico, se estanca con la imposibilidad de los

⁶⁸ Cuando Vásquez Carrizosa se desempeñó como canciller durante el gobierno de Misael Pastrana Borrero (1970-1974), firmó el concordato entre Colombia y el Vaticano, por esto resulta ser una referencia de autoridad pertinente en este acápite.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

funcionarios públicos de separar sus creencias de las posiciones jurídicas que están en cuestión. Desde el punto de vista de esta investigación, esta situación no necesariamente evidencia un retroceso hacia la confesionalidad, pero si muestra que la apuesta constitucional no es realmente laica, dando lugar a pensar seriamente en una de carácter pluri-religioso.

La situación mencionada se ilustra en numerosos ejemplos que ocurren en la vida cotidiana de nuestro país. Uno de ellos, ocurrió con una polémica que generó el destituido exprocurador Alejandro Ordoñez, cuando en abril de 2017, condenó públicamente al entonces Ministro de Salud, Alejandro Gaviria, quien, en una entrevista con el Canal Caracol habló sobre su ateísmo. El periódico El Espectador, retoma los hechos y establece en su columna de opinión titulada *La ética va más allá de los dioses que* “En Twitter el exprocurador manifestó que el Ministro “salió del clóset””, además estableció que: “Colombia es un país creyente (y por eso no merece ministros ateos”, y preguntó: “Dejaría usted la salud de su familia y la educación de sus hijos en manos de un ateo” (El Espectador, 2017a). Su posición en los medios tiene repercusiones en el, acá denominado, sentir popular, que puede afectar derechos de minorías como de quienes no creen en dios.

Así mismo, la reflexión que presenta la columna mencionada es importante como parte del escenario de análisis del presente texto, pues en ella se señala que: “La separación de Iglesia y Estado fue un logro histórico muy complejo que apunta a la idea de que la sociedad es de todos, no sólo de quienes crean en una religión particular, así sean mayoría” Y la pregunta que surgiría es si la laicidad –o mejor, la pluri-religiosidad - la determina la Constitución escrita o la vivencia de la misma, que en Colombia resulta dicotómica, pues va desde llevar al Congreso la propuesta de prohibir la adopción a parejas que no son heterosexuales, con más de dos millones de firmas de ciudadanos, hasta su rechazó en el mismo órgano legislativo (El Espectador, 2017a).

Otro ejemplo de esta dualidad – de la laicidad hasta la confesionalidad - se presenta en la Escuela Superior de Guerra - institución híbrida liderada por integrantes de las Fuerzas Armadas de Colombia, en la que estudian miembros de éstas y otros ciudadanos del común, y que pertenece al Ministerio de Defensa, siendo supervigilada por el Ministerio de Educación

-, donde todos los funcionarios reciben a diario un correo denominado *Un minuto con dios*. Lo cual deja, por lo menos, un cuestionamiento sencillo: ¿si Colombia tiene una Constitución laica, una institución perteneciente al Ministerio de Defensa, liderada por miembros de las Fuerzas Armadas, debería manifestar abiertamente una posición religiosa particular?

Por otro lado, la alcaldesa encargada del municipio de Yopal, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expidió el Decreto número 036 del 9 de junio de 2017, por el cual se hizo entrega simbólica del Municipio de Yopal al señor Jesucristo. En el artículo segundo de dicha regulación se establece: “Humildemente rogar a Dios que entre a este Municipio y lo haga su morada, dando la bienvenida al Señor Jesucristo, al hogar que nos dio como casa, para que habite en ella por siempre y hasta el fin de los siglos amén”(Alcaldía Yopal Casanare, 2017). Sin embargo cuando se reincorporó a sus tareas el alcalde electo, dejó sin vigencia dicho decreto⁶⁹.

De forma similar, el Alcalde del Municipio de Aguadas, Caldas, en uso de sus facultades constitucionales y legales, expidió el Decreto número 044 de junio 29 de 2017, por medio del cual se hace entrega simbólica del municipio de Aguadas a Dios. En este caso en particular, vale la pena destacar que se hace referencia específica tanto al preámbulo y la invocación genérica que se hace a la protección de dios y al artículo 19 de la Carta Política que trata la libertad de credos. Por su parte, en el artículo primero, el Decreto establece que se hace

entrega simbólica del Municipio de Aguadas a Dios, representado en la diversidad de cultos religiosos que tienen presencia activa en el municipio, y promueven cambios voluntarios en la vida, modelos de convivencia basados en la bondad, en el amor, en la solidaridad, en el cuidado del prójimo, alejando conscientemente la maldad de nuestro municipio (Alcaldía Aguadas Caldas, 2017).

⁶⁹ El 23 de junio del 2017, el Alcalde John Jairo Torres, revocó el decreto con el que entregaban las llaves de la ciudad a Jesucristo. En su momento estableció que “Es muy importante que entreguemos nuestras vidas a Jesucristo (...) pero es a nivel personal. El decreto “Es inconstitucional como lo dijo el señor Procurador General de la Nación, hay que respetar la libertad de culto en el país, hay que respetar la normatividad” (Caracol Noticias, 2017).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Habrá que esperar a evaluar la constitucionalidad de dichos decretos por parte de la Corte Constitucional, instancia que seguramente, a partir de la libertad de cultos y del preámbulo, considerará que son contrarios a la Carta, sobre todo el primero. Resulta interesante que el segundo caso, se basa precisamente en el preámbulo y en la libertad de credos para avalar la entrega simbólica a dios del municipio. En todo caso, el choque entre el sentir popular y las visiones religiosas individuales, no podrían ir en contravía de la protección a la igualdad que debería garantizar que estos decretos hablaran en nombre de cualquier dios y que estas entregas simbólicas a uno en particular o al que consideran mayoritario en un territorio específico, podrían antentar contra dicha igualdad y contra la pluri-religiosidad que permea la Carta Política.

Retomando el caso del Concordato que continúa vigente, es decir el de 1973, es importante destacar que su constitucionalidad fue retada por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), órgano que vislumbraba la posibilidad de realizar cambios a instituciones como ésta y como el matrimonio. Respecto a este último, comenzó por dar su aval al divorcio para todas las formas de unión marital, incluida la católica (Castrillón, 1995, p. 16)⁷⁰. En efecto, la ley del divorcio – Ley 25 de 1992 - fue sancionada, luego de haber sido firmada la propuesta de ajustar a la nueva Carta Política, el Concordato suscrito entre el Estado colombiano y la Santa Sede.

No obstante, dicha propuesta - la de ajustar el Concordato - fue parcialmente aceptada por la Corte Constitucional, en decisión del 5 de febrero de 1993 (Sentencia C-027 del año en cuestión); en esta decisión se declararon inexecutable catorce de sus artículos, además del protocolo final. Posteriormente, en Sentencia C-567 de 1993, la Corte respondió a una acción pública de un ciudadano, en la que consideraba importante reconsiderar su fallo anterior, que en sus palabras había vulnerado la intangibilidad del Concordato. En este sentido, la Corte señaló que se declaraba inhibida para conocer sobre la Ley 20 de 1974 – mediante la cual se

⁷⁰ Pese a que el texto referenciado presenta una posición sesgada a favor del Concordato y de la relación entre el Estado y la Iglesia católica, constituye un insumo valioso para entender el contexto histórico de las decisiones que dieron lugar al desmonte parcial del Concordato suscrito entre el Estado colombiano y la Santa Sede.

aprobó el concordato -, pese a que no por ello, volvieron a tener efecto los artículos que habían sido declarados inexecutable, dado que dicha declaratoria era cosa juzgada (Castrillón, 1995). Con este escenario de interpretación, el Concordato continuaba vigente con artículos inexecutable, otros parcialmente inexecutable y unos pocos executable. Esta respuesta, además, constituye un nuevo ejemplo de la ambivalencia entre la apuesta laica y la conservación de elementos confesionales.

Los artículos que fueron declarados totalmente inexecutable trataban sobre los siguientes aspectos, conforme a lo planteado por Castrillón:

1) Régimen canónico especial en comunidades indígenas, el cual era completamente opuesto a la declaratoria de la identidad étnica, política, social y religiosa de las comunidades indígenas, protegida desde el artículo 7 de la Carta Constitucional de 1991.

2) Regulación de separación de cuerpos de matrimonios católicos, pues la ley civil debería regular los efectos de cualquier matrimonio y en consecuencia, no podía ser objeto de pactos con grupos particulares.

3) Ayuda del estado a centros educativos de la Iglesia católica porque la Constitución prohibió dicho tipo de apoyo en su artículo 355.

4) Educación católica en todos los planteles, al considerarla vulneradora de la libertad de cultos, religión y enseñanza, así como un acto de posible discriminación frente a otros credos.

5) Educación que la iglesia podía impartir en sectores marginados, por considerar que dicha obligación era de carácter estatal.

6) Facultad de la Santa Sede de convertir jurisdicciones misionales en diócesis, dado que dicho privilegio atentaba contra la libertad de cultos, en la medida en que contrariaba el principio de diversidad étnica y cultural.

7) Compromiso de la iglesia de brindar orientación pastoral y espiritual a los miembros de las Fuerzas Armadas, por su Vicaría Castrense, dado que vulneraba el ejercicio de la libertad de cultos y religión que tenían los militares, al igual que todos los ciudadanos.

8) Fuero de los clérigos, dado que reflejaba una vulneración a la igualdad porque no existía ningún referente constitucional para dar tal inmunidad a una comunidad.

9) Asimilación del delito de usurpación de funciones públicas a la realización de actividades eclesíásticas sin la investidura para ello, porque vulneraba lo relativo a la función pública, que se predicaba y se predica de funcionarios que sirven al estado y no a la Iglesia.

También fueron declarados parcialmente inexecutable otros artículos que hablaban de privilegios para la Iglesia católica respecto a nombramientos, circunscripciones, apoyo económico del Estado a las diócesis y a las misiones y finalmente, al artículo que señalaba que era competencia exclusiva de la Iglesia y de sus tribunales el conocimiento sobre la nulidad y disolución de los matrimonios religiosos, dado que la disolución del vínculo responde a la ley civil (Castrillón, 1995). En todo caso, el Concordato del que estamos hablando, firmado el 12 de junio de 1973, dejando sin efecto el que regía desde 1887, modificado por el de 1942, que continúa vigente aunque con grandes limitaciones constitucionales, ha tenido opositores que lo han considerado inconstitucional y retrógrado. Ello, pese a la mayoría parlamentaria con la que fue aprobado (Castrillón, 1995). Es decir, con éste se evidenciaba en 1992 tanto como hoy en día, la tensión entre la confesionalidad y las posibilidades de construcción de una apuesta diferente.

De otra parte, es importante señalar que muchos constituyentes estuvieron de acuerdo en la necesidad de separar la Iglesia católica del Estado colombiano, con el propósito de suprimir los privilegios que se le habían dado. No obstante, lo anterior y las diversas referencias constitucionales que invitan a pensar en una apuesta constitucional laica o pluri-religiosa, el concordato sigue estando vigente y es ley de la República, dando prevalencia a una religión sobre otras. Así mismo es preciso señalar que aún hoy en día la Santa Sede tiene capacidad jurídica para celebrar acuerdos internacionales y nuestra Constitución, tanto la actual (1991) como la de 1886, permite que Colombia, celebre tratados con otros estados y entes de derecho internacional y el Vaticano hace parte de aquellos con quienes el Estado colombiano puede realizar acuerdos internacionales⁷¹.

⁷¹ En la Constitución de 1886, se regulaba la materia en los artículos 53 y 120, ordinal 20 (República de Colombia, 2012), sin dejar de lado que se contaba con un título sobre las relaciones del Estado con la Iglesia católica. En el artículo 53 se establecía: "El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación

Por todo lo anterior resulta posible afirmar que, pese a los intentos por desconfesionalizar las normas y el país, estos esfuerzos no hacen que la Carta Política de 1991 sea una constitución laica. Sin embargo, estos intentos si muestran un intento por sacar del escenario católico las decisiones del estado y las normas, pero este intento que se desarrolla con la interpretación de la Carta de 1991, llega hasta la pluri-religiosidad en donde sigue predominando una voluntad popular imbuida en el imaginario de la prevalencia de la Iglesia católica y que, de manera interrumpida, aparece para apropiarse de la Constitución, que sigue estando protegida por el Tribunal Constitucional y por principios y valores, que si bien pueden ser compatibles con los de una o varias religiones, por su carácter positivo, se deslindan de apreciaciones morales particulares y se blindan de razón, de historia, y porqué no, de esperanza, gracias al *dios ilustrado*.

5.4. Caracterización de la Constitución de 1886: ideología y derecho natural

En este apartado se pretende entender cómo era la Carta de 1886 y cuál era su relación con la religión Católica y con el iusnaturalismo. Todo ello, con el propósito de reconocer cómo esta constitución es una muestra clara de una propuesta confesional arraigada a valores y

del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica". Por su parte, en la Constitución de 1991, se regula la materia en función del *bloque de constitucionalidad*, estudiado previamente y que se deriva de lo señalado en varios artículos: 9, 93, 94, 101, 214 (Daza Pérez, 2010). En este caso particular, se ve claramente el contraste entre derecho y moral religiosa, dado que ya no se hace referencia a la Iglesia católica ni se evidencian artículos que la privilegien en los términos en que ocurría, por ejemplo, en el tema de relaciones internacionales en la Carta Política anterior. Es importante destacar que el bloque de constitucionalidad se puede entender como una categoría que permite avanzar en la interpretación constitucional, dado que amplía lo que de forma literal aparece en el texto y "(...) anexar otras fuentes jurídicas del Derecho Constitucional como [son] la jurisprudencia, costumbre, tratados internacionales, entre otros, que brinde[n] una interpretación más amplia y menos rígida del Derecho Constitucional en el plano internacional" (Rotberg, 2007). Adicionalmente, permite afirmar que actualmente en términos de tratados y convenios internacionales, no se da primacía a la relación con la moral religiosa que se deriva de la Iglesia católica, sino que implica la necesidad de realizar una interpretación integral para aquello que se relacione con derechos humanos. Con esto, se lleva el plano de valores del *dios ilustrado* al ámbito jurídico.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

principios con pretensión de universalidad compatibles con una apuesta moral particular y en esta medida, interpretables desde la corriente teológica del derecho natural.

Es importante destacar que la Carta Política de 1886 fue resultado del pensamiento conservador de Miguel Antonio Caro y cobró vigencia sin haber sido sometida a plebiscito ni a ningún otro mecanismo que permitiera evidenciar la voluntad del pueblo⁷². Uno de los principales cambios y reconstrucciones del Estado colombiana con esta constitución fue el pasó al centralismo, bajo el precepto de “centralización política y descentralización administrativa”(Camargo, 1987), que continuó en la Carta de 1991, pero con mayor efectividad. Por otro lado, consagró un sistema de democracia de corte republicana, representativa, con fundamento en la idea de no intervencionismo, herencia liberal, de *laissez faire, laissez passer*, potenciando el poder de la propiedad privada y la división de clases⁷³.

A su vez, el centralismo se concretó en la reestructuración del territorio en departamentos sujetos al estado central, intento constitucional por imitar la estructura jerarquizada de la Iglesia católica, que además, siempre ha tenido gran presencia en las regiones. En efecto, es quizás el único poder que, incluso en los momentos más altos de la violencia, ha podido permanecer al lado de la sociedad civil⁷⁴. En todo caso, esta estructura estatal es la que predominó durante la colonia, y al igual que la Iglesia, ha estado caracterizada

⁷² Llama la atención que en el preámbulo se señalara que “el pueblo colombiano, en plebiscito nacional, decreta (...)”, pues no se presentó tal mecanismo de legitimación y participación ciudadana. En todo caso, esta situación sirve para ilustrar, parcialmente, que la Carta Política estaba suficientemente alejada de la población o que había una población poco participativa y que ponía en manos de terceros el ejercicio del poder y el manejo de los asuntos públicos.

⁷³ Ver capítulo titulado *Colombia ilustrada desde el iusnaturalismo*.

⁷⁴ Al respecto, se recomienda asistir y conocer La Casa de la Memoria, pues en imágenes e ideas se evidencia el rol de la Iglesia católica a lo largo del territorio nacional y particularmente en la región antioqueña. En este museo, conforme a palabras encontradas en la página Web del mismo, en imágenes se pueden apreciar “Memorias vivas, ver para no repetir. Videos e imágenes que reflejan la construcción de memorias para una vida en paz” (Casa de la Memoria, 2017). También se recomienda ver los casos narrados sobre las masacres vividas en el país, elaborados por el Centro de Memoria Histórica.

por su carácter burocrático y jerarquizado (Valencia Villa, 2010, p. 56); condiciones que perduran a lo largo de la historia constitucional colombiana.

Como ya se mencionó, no es un misterio afirmar que la Constitución del 86 respondía a una ideología conservadora, que adicionalmente a lo previamente establecido, se evidenciaba, por ejemplo, en el artículo 2, en el que además, se hacía tangible su carácter autoritario, que establecía: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece” (República de Colombia, 1886). En palabras de Valencia Villa, este artículo constituía el eje de “la arquitectura autoritaria imperante desde 1886” (Valencia Villa, 1990, p.78), que debería estar en manos del pueblo apoyándose en mecanismos de participación ciudadana y no de un ente ambiguo como la Nación. Por su parte, en términos de la presente investigación, se entiende que dicha arquitectura evidencia cómo la noción abstracta e indeterminada de Nación no es nada diferente al poder de dios concretado en el poder constitucionalmente positivizado de la Iglesia católica.

Con respecto a los derechos, en el título III, se establecía la protección a los derechos civiles y a las garantías sociales, sin tener en cuenta los derechos naturales, inalienables e imprescriptibles, de los que si habla la Carta de 1991, la Carta del *dios ilustrado*, el origen del *dios ilustrado*. Vale la pena destacar, aunque ya se ha mencionado previamente, que se reimplantó la pena de muerte y que se consagraron derechos como la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, el derecho de reunión, la libertad de profesión y oficio, la seguridad contra detenciones arbitrarias, abolición de la esclavitud, protección de la honra y la libertad de asociación (Camargo, 1987). A partir de lo anterior es claro que la Carta de 1886 desconoció las libertades de conciencia y de religión, así como la de culto y desconoció la tradición del constitucionalismo liberal, dando paso al imperio del estado confesional, que se reforzó – lo hicieron mutuamente – con el Concordato de 1887, como se mencionó previamente.

Ahora bien, es importante explicar en qué consiste el carácter confesional de la Carta Política de 1886. Al respecto, vale la pena remontarse como lo hace Valencia Villa, al descubrimiento de América que fue una empresa española y religiosa: *la evangelización de las Indias occidentales*. Este fue un proyecto que se logró gracias a la acción mancomunada del Estado y de la Iglesia y se prolongó normativamente hasta la Constitución de 1991. En palabras del autor mencionado, se destaca que:

La formidable influencia de la religión institucional en Colombia, (...) viene de los tiempos coloniales cuando la Iglesia era a la vez una fuerza progresista en la educación de las élites y en la protección de los indios y los negros, y una coartada legitimadora para los intereses latifundistas y la incompetencia burocrática (Valencia Villa, 2010, p. 58).

En el preámbulo de la Carta del 86 se evidencia una petición de principio, como lo explica Valencia Villa, que muestra a Dios⁷⁵ como el fundador del poder del pueblo. Por su parte, el pueblo se convierte en nación, reconociendo, con ello, la autoridad de los poderes políticos; siendo entonces imposible separar el poder terrenal del poder de dios, pues el pueblo le debe su poder a Dios y el pueblo es la Nación. Esta idea reafirma lo planteado previamente sobre el entendimiento de la Nación en la Carta de 1886. Además, muestra esta noción de Nación como un postulado del derecho natural teológico: si Dios funda el poder del pueblo y el pueblo se convierte en Nación, dios – pueblo y nación son lo mismo y no puede haber normas en contra de este *dios-pueblo-nación*.

Por otro lado, la Constitución de 1886 estableció un régimen presidencial fuerte – denominado desde diferentes disciplinas como presidencialista, pues en el sentir popular y en

⁷⁵ En este apartado la palabra dios se e escribe con mayúscula para diferenciarlo del dios ilustrado que tiene la pretensión de ser incluyente y porque cuando se hace referencia al dios católico en normas y en otros textos de historia constitucional se escribe en mayúscula. Además, como la Carta de 1886, se refería de forma exclusiva al dios católico se quiso enfatizar la fuerza de la figura con la mayúscula.

el ejercicio del poder, el presidente es el responsable y ejecutor de todo aquello que hace referencia al Estado, en su acepción más general, dándole al jefe de la rama ejecutiva poderes muy amplios durante los estados de excepción (en ese entonces guerra interior o amenaza exterior), que se ejercieron durante gran parte del Siglo XX y que no estaban sometidos a ningún tipo de control constitucional. Adicionalmente, se le concedían potestades, que llegan a nuestros días, como nombrar a los ministros, expedir decretos con fuerza de ley, intervenir en la emisión monetaria, entre otros, presumiendo que toda ley era constitucional aunque tuviera apariencia contraria (Camargo, 1987). Pese a lo anterior, en la Carta se incluyó la división de poderes, en un intento por no desvirtuar completamente la herencia del liberalismo.

También hace parte de la caracterización de la Constitución de 1886, la idea mencionada por Valencia Villa, en donde señala que el discurso legal y la retórica republicana que mostraban el espíritu de la Carta, evidenciaban “la extraordinaria resistencia al cambio constitucional” (Valencia Villa, 2010, p.54). En efecto, la CP de 1886 es un proyecto republicano, entre otras cosas, “por su prolongada adhesión a la democracia representativa basada en el principio activo de la soberanía nacional o indivisible, que fue definida por Rousseau en el *Contrato Social* (...)” (Valencia Villa, 2010, p.55).

De otra parte, en la Constitución del 86 se establecía que el poder soberano, el poder de la Nación estaba en manos de las cámaras, es decir del poder legislativo y esto daba lugar, a lo que Valencia Villa ha denominado “la tiranía de los representantes sobre los representados”, que se deriva de lo establecido en los artículos 105 y 179 de la susodicha norma fundamental y por no contar con un control constitucional como el que se deriva de la Corte Constitucional, los derechos de las minorías eran constantemente aplastados o simplemente invisibilizados⁷⁶; como ejemplo de lo anterior, está el caso del reconocimiento de

⁷⁶ Resulta posible presumir que si un caso como el del proyecto de la exsenadora Viviane Morales, discutido en la presente investigación, sobre prohibir la adopción a padres no heterosexuales se hubiera presentado bajo el imperio de la Carta de 1886, el resultado no habría sido el archivo del proyecto sino su eventual sanción como ley de la república. Esto evidencia la transformación constitucional entre las dos cartas políticas (1886 y 1991), pero no afirma la existencia de una constitución laica.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

las comunidades indígenas como sujetos de derechos y como minoría que requiere especial protección, que solo aparece en la Carta de 1991.

Por otro lado, no es posible dejar de lado que existen elementos que se heredan de una carta política a otra y es posible señalar, como lo hizo Luis Carlos Sáchica, en un intento un tanto especulativo pero no por ello carente de valor, que existen elementos heredados que resultaron irreversibles y que tuvieron origen, no sólo en la Carta de 1886, sino en la lucha entre ideales liberales y conservadores que rigió la historia constitucional del siglo XIX en Colombia (Valencia Villa, 2010). Aún así y luego de intentos fracasados del partido liberal por lograr la laicidad y del poco eco que tuvieron en la sociedad los proyectos liberales con pretensión de independizar el Estado de la Iglesia católica, predominaron las propuestas conservadoras encarnadas en la Carta de 1886.

Así, los elementos heredados, nos permiten hablar de un hilo conductor que nos lleva desde la antigua constitución creyente en el dios de los católicos (1886) hasta la nueva constitución creyente en el *dios ilustrado* (1991), como se sugerirá en las páginas que siguen. Tenemos, pues, que se contaba y se cuenta con una idea de representación proporcional de los partidos en los cuerpos electorales, cuyo fundamento no es otro que la idea de igualdad desde la democracia, es decir, a partir de la aplicación de la regla de las mayorías.

Por su parte, existía la idea, que continúa vigente en la Carta de 1991, de que el interés particular debe ceder frente al interés general, aunque, como lo menciona Uprimny, este punto se relativiza cuando se trata de derechos fundamentales, pues allí el interés individual puede llegar a prevalecer sobre el interés general. La separación de los poderes públicos, la idea de libertad individual y la libertad de empresa, también han hecho parte de la historia

constitucional colombiana y caracterizaron la Carta de 1886; y continúan teniendo vigencia en la Constitución de 1991 (Sáchica, 1990).

Retomando el tema de los vestigios del derecho natural en la Carta de 1886, está el preámbulo. Al respecto, se presentaban dos elementos fundamentales, que estarían en la discusión de la ANC: quién era el constituyente primario y si se debería dejar por fuera de la Carta Política la referencia a Dios. Además de lo que ya se ha mencionado vale la pena traer a colación lo que al respecto señaló Sáchica:

Se dirá que las constituciones organizan el reino de este mundo, no el sobrenatural, y que la política es ajena a consideraciones teológicas. No obstante, (...) aquella invocación y ese reconocimiento tienen el significado de establecer una instancia más alta que las de la Tierra, condicionante de los poderes temporales, el Estado y el derecho del Estado. (...) el remontar el origen de la autoridad a una fuente extra y supraestatal le quita cualquier pretensión de absoluto, de ilimitado y omnipotente, en provecho del hombre. Vendríamos a tener que la legitimidad, la remota y la inmediata, serían algo intocable para cualquier constituyente colombiano (Sáchica, 1990, p. 9).

Con ello, declarar a Dios como fuente suprema de toda autoridad, evidenciaba que solo las normas avaladas por Dios podrían ser consideradas derecho pues solo de ellas podía derivar la autoridad que les daba su carácter de obligatoriedad; siendo entonces el preámbulo el eje del derecho natural de la Carta de 1886, de la que deriva y en la que nace todo poder normativo, toda idea de derecho. Al retomar su contenido tenemos que la Constitución surge: *En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad (...); y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz (...)* (República de Colombia, 1886). ¿Y de cuál dios se hablaba? Pues del dios de la religión católica pues esta era la religión del Estado.

Como ya se ha mencionado, para Valencia Villa existe una arquitectura circular en el preámbulo de la CP de 1886, que evidencia que Dios funda el poder del pueblo. Por su parte,

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

el pueblo se convierte en la Nación y le da reconocimiento a los partidos políticos para gobernar; a su vez, los partidos políticos le otorgan a la religión católica la titularidad constitucional de la representación divina (Valencia Villa, 2010); mostrando un sincretismo entre el derecho positivo y el derecho natural encarnado en un Dios y en una religión particular. Así, el segundo vestigio del derecho natural afianza el carácter teológico de la Carta de 1886, que en su artículo 38 del Título III. De los derechos civiles y garantías cívicas, consagraba que: *“La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia”*(República de Colombia, 1886).

Con respecto a la referencia a dios en la Carta Política de 1991 y gracias al arraigo ius-naturalista, no era probable que pudiera salir su nombre de la Constitución. Así, era fácil intuir que la referencia a dios quedaría y que su apelación era parte del reconocimiento a su poder y al que se le da a la Constitución y que permite mirarla integralmente y entender que su legitimidad va más allá de lo regulado, evidenciando la influencia del derecho natural, ahora ya no teológico sino racional e historicista con la carta de derechos, que se prolonga entre las cartas y a lo largo de la historia constitucional de nuestro país.

Ahora bien, en la Carta Política de 1991, la referencia a dios continúa existiendo, pero ahora sólo se invoca su protección y se trata de un dios más incluyente, que acepta la diversidad religiosa, el *dios ilustrado* que acepta la pluralidad y la diversidad de cultos. Evidentemente el sincretismo se reduce, pero es posible afirmar que lejos de convertirse en una constitución laica, la Carta de 1991 es un ejemplo de separación relativa del poder de una iglesia particular y un intento por reconocer diferentes perspectivas religiosas. Ahora dios/el derecho natural permean el sistema a través de la protección que se deriva del reconocimiento que se da al primero y de la posibilidad interpretativa de acudir a principios, valores, reglas de contenido jurídico y extra-normativo propios del *dios ilustrado* y que se concretan en el discurso de los derechos fundamentales, como se afirma a lo largo del presente texto.

Para terminar, menciona Valencia Villa que no es posible entender el constitucionalismo colombiano, y en consecuencia la Carta de 1886, sin tener en cuenta el reformismo constitucional y la batalla constitucional. Del primer fenómeno se destaca una aversión al cambio y una reverencia al orden, que se traducen en estabilidad institucional y continuidad política, que perduran hasta nuestros días (vg. la actitud de escepticismo frente al proceso de paz y lo que implica), que han derivado entre otras cosas, en violencia como estrategia para hacer política. Respecto al segundo punto, señala el autor que la Constitución se presenta como un campo de batalla, “como gramática de la guerra, de la jurisdicción constitucional como una manera ritual, sustitutiva, de guerrear” (Valencia Villa, 2010, p.63). Mostrando en decisiones jurisprudenciales, una tensión dialéctica constante entre control constitucional y democracia, evidenciando luchas por mantener el estatus quo y por lograr cambios sociales sustanciales.

5.4.1. Una primera aproximación a los casos paradigmáticos: el matrimonio y la adopción durante el imperio de la Constitución de 1886 y su camino hacia la Carta de 1991

Como se viene señalando, la Constitución de 1886 se entiende como una carta creyente, confesional, afiliada claramente a la religión católica como única reconocida por el Estado. En efecto, fue la apuesta confesional por excelencia en la historia constitucional colombiana. Teniendo claro lo anterior, a continuación, se realiza una aproximación a dicha caracterización desde la forma en que se trataba la institución del matrimonio. Todo ello, para ambientar el desarrollo que se presentará posteriormente sobre la adopción y su relación con los derechos de personas que no se consideran heterosexuales o que pretenden constituir una familia que no sea heteroparental. Por esto es preciso comenzar por hablar del matrimonio y, en consecuencia, valorar la existencia del denominado *matrimonio igualitario*.

De esta forma y en términos del contexto histórico es importante destacar que en occidente, la discusión entre sistemas matrimoniales, se centró en un debate propio del estado laico, es decir, en lograr la armonía entre el matrimonio religioso y el matrimonio civil (Prieto, 2011). ¿Y por qué es una discusión propia de la laicidad, si se trata de una institución de origen

religioso? Por una sencilla razón, porque constituye un puente entre la Iglesia católica y su injerencia en el poder estatal y la laicidad, proclama la separación entre estado e iglesia. Al respecto, se destaca que a diferencia de muchas de las instituciones jurídicas que encuentran sus raíces en el derecho romano, el matrimonio es del Derecho Canónico, es decir es una institución con raíces católicas, y “el matrimonio civil sólo se entiende como el resultado de un proceso de secularización” (Prieto, 2011, p.122).

Así, la Constitución de 1886 no visualizaba, ni de lejos, la necesidad de pensar en la institución en función de la igualdad para parejas del mismo sexo ni en función de reconstruir el concepto de familia para incluir las diferentes realidades, que en esta materia, se presentan en el país, uno de cuyos ejemplos es la familia homoparental y otro, la familia monoparental; de hecho la única interpretación posible desde la Carta del 86 era la imposibilidad de unirse o casarse por parte de parejas del mismo sexo y seguramente, si se llegaba a preguntar sobre la figura de la adopción para padres homosexuales, la respuesta habría sido un no rotundo o, como en efecto ocurría, el tema de la orientación sexual era omitido.

Con lo anterior en mente, se puede afirmar que el matrimonio era y continúa siendo concebido como una institución esencialmente religiosa, que con el tiempo tuvo efectos civiles; privilegio legislativo dado a la Iglesia católica pues se contaba no sólo con el aval de dios sino con los efectos contractuales que se derivan de cualquier relación jurídica, normativa y relevante para el derecho. El matrimonio, entonces, se concebía como la unión exclusiva entre hombre y mujer y así fue entendido bajo el imperio de la Carta de 1886 y consagrado en el Código Civil. Autores que afirman lo anterior y lo enmarcan en la perspectiva del derecho natural, establecen que:

podemos decir que lo que llamamos matrimonio es aquella unión de varón y mujer, cuyo origen está en la naturaleza humana y que se forma de acuerdo con ella (...) El matrimonio es preexistente a cualquier legalidad y anterior a cualquier legalización. Ni la legalidad ni la legalización crean o constituyen el matrimonio; su función consiste en

regular, dar publicidad y otorgar seguridad jurídica a lo que ya existe antes que ellas por naturaleza, es decir, el matrimonio (Hervada, 1993, p. 525 y 526)⁷⁷.

En este contexto pensar en el matrimonio más allá de la unión entre hombre y mujer habría sido un sin-sentido en el marco regulatorio de la Constitución de 1886. Es interesante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en la Carta Política de 1991, en la del 86 no había referencias explícitas al matrimonio. La figura solo estaba regulada desde el derecho privado, en el Título IV del Código Civil y se definía y se define de la siguiente forma: “Artículo 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer⁷⁸ se unen con el fin de vivir juntos, de procrear⁷⁹ y de auxiliarse mutuamente” (Congreso de la República de Colombia, 1873). Por su parte, el artículo 115, después de la Constitución de 1991 y con fundamento en el artículo 1º de la Ley 25 de 1992, señala que:

Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano

⁷⁷ Con esta afirmación que bien podría haber sido elaborada por Santo Tomas de Aquino o cualquier otro exponente de la corriente teológica del derecho natural, se puede además responder a uno de los contra-argumentos típicos cuando se habla de la pertinencia de proteger el matrimonio para cualquier unión afectiva. Se dice que si las parejas homosexuales ya tienen la posibilidad de tener uniones civiles con todos los efectos, para qué querrían tocar una institución sagrada o de índole religiosa como el matrimonio. A esto responde la Corte Constitucional en la Sentencia SU-214 de 2016, señalando que se tiene que proteger porque de lo contrario se tendrían ciudadanos con uniones de diferentes tipos, lo cual va en contra de la igualdad material que busca la Carta. Esto significa ¿qué quien decide convivir en unión de hecho es de una categoría diferente a quienes se casan? No, porque tienen la posibilidad de acceder a uno de los dos tipos de unión afectiva que existen: matrimonio o unión de hecho y no se les estaría negando el acceso a una de ellas por razones discriminatorias que disfrazan, a partir de razones religiosas, como si ocurriría al negar la opción de acceder al matrimonio para parejas homosexuales.

⁷⁸ Para insinuar cómo se ha presentado el debate bajo el marco de la Constitución de 1991, se trae a colación que la expresión subrayada: hombre y mujer, fue declarada Exequible mediante Sentencia de la corte Constitucional C-577 de 2011, es decir, hasta acá sigue concibiéndose como un acto heterosexual.

⁷⁹ En igual sentido, frente a la expresión procrear, la Corte Constitucional se declaró INHIBIDA en la sentencia mencionada previamente, lo cual evidencia que una postura laica de no interferencia en los asuntos privados de los individuos no se deriva de dicha aproximación y como se verá en los próximos párrafos, la posición jurisprudencial es ambivalente entre la protección a los derechos individuales, si estos se relacionan con instituciones que como el matrimonio ligado a la procreación constituyen un eje de la moral social o del estatus-quo prevalente.

Y que:

[L]os acuerdos de que trata el inciso anterior sólo podrán celebrarse las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa. En tales instrumentos se garantizará el pleno respeto de los derechos constitucionales fundamentales (Congreso de la República de Colombia, 1873).

Ahora bien, el punto de partida para pensar en regular el matrimonio constitucionalmente puede encontrarse en la aprobación del divorcio que se presentó en Colombia, a través de la Ley 1ª de 1976, por supuesto bajo el régimen de la Carta de 1886. Para poder introducir esta modificación era preciso modificar el Concordato de 1973. Pese a ello, vale la pena destacar que se logró aprobar el divorcio en un escenario en que el imperio del estado confesional era claro y continuaba su devenir incontrovertible. Ello ocurría, a partir de los siguientes argumentos: 1. Resolver situaciones conflictivas; 2. Dado que la Iglesia Católica mostraría su desacuerdo, se presentó el tema en términos de soberanía nacional, porque la injerencia en estos asuntos era de exclusiva competencia del Estado. Así el divorcio se introdujo, a través del concepto de “cesación de efectos civiles”, “que consagra la separación entre conciencia personal y vida social (el vínculo religioso permanece en la conciencia, y socialmente adquiere carta de ciudadanía el matrimonio civil subsiguiente)” (Prieto, 2011, p.101).

Respecto a la adopción, esta figura se reguló en el antiguo y derogado Código del Menor, en donde se pretendió darle reconocimiento a los derechos del niño. Dicho código es

una norma de 1989 (Decreto 2737 de 1989)⁸⁰, que fue reemplazada solo hasta 2006, con la Ley 1098, es decir, 17 años después de su promulgación y 14 años después de la promulgación de la Constitución de 1991.

El artículo 6 del Código, que fue derogado por el 217 de la Ley 1098 de 2006, establecía que “El Estado fomentará por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad. El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo (...)” (Presidente de la República, 1989). Por su parte, el artículo 30, mencionaba los casos en los que los menores se encontraban en situaciones irregulares, que daban lugar a medidas de protección con carácter preventivo y especial, dichas situaciones eran que el menor: 1. se encontrara en situación de abandono o de peligro; 2. careciera de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas; 3. su patrimonio estuviera amenazado por quienes tuvieran en sus manos su administración; 4. hubiera sido autor o partícipe de una infracción penal; 5. careciera de representante legal; 6. presentara deficiencia física, sensorial o mental; 7. fuera adicto a sustancias que produjeran dependencia o se encontrara expuesto a caer en la adicción; 8. fuera trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley y 9. se encontrara en una situación especial que atentara contra sus derechos o su integridad (Presidente de la República, 1989).

Las situaciones irregulares, se traen a colación, con el propósito de mostrar que la manera en que se hablaba de los niños, niñas y adolescentes⁸¹ bajo la Carta de 1886, daba lugar a pensar en ellos como objetos de protección más que como sujetos de derechos (esta posición la trataron en la exposición de motivos de la Ley 1098 de 2006), que es el lugar que les dio la Carta de 1991. La diferencia entre estas dos situaciones – objeto de protección vs. sujeto de derechos - es analítica y surge de la motivación de la Ley 1098 de 2006, en la que

⁸⁰ Es importante destacar que el decreto fue expedido por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 56 de 1988, en una de las décadas más violentas del país y no como ejercicio del poder soberano a través de las labores ordinarias del Congreso de la República.

⁸¹ Ni siquiera se hacía la particularización de sujetos como niños, niñas y adolescentes, pues se hablaba de manera genérica de menores.

se señalaba que al menor se le asumía como una persona a quien había que sacar de la situación irregular sin pensar en la necesidad de reestablecer sus derechos. Cuando se piensa en niños, niñas y adolescentes bajo la nueva norma, bajo el marco de la Constitución de 1991 y del *dios ilustrado*, se está hablando de sujetos de derechos, que, adicionalmente, prevalecen sobre los demás y a quienes ante todo hay que devolver la dignidad y las garantías constitucionales que le fueron arrebatadas, es decir, a quines con las medidas de protección hay que devolverles u otorgarles los derechos perdidos.

Por otro lado, el artículo 57, hablaba de las medidas de protección, entre las que se encontraba la adopción en estos términos: “5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono” (Presidente de la República, 1989). Así, bajo el Decreto 2737, la adopción se consideraba, al igual que bajo la Ley 1098, como una medida de protección. En el artículo 61 de la norma vigente se establece que la adopción es “principalmente y por excelencia, (...) una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Finalmente, y para efectos de lo que concierne a la presente investigación, el artículo 89, derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, establecía quién podía adoptar. Al respecto, establecía que:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo (Presidente de la República, 1989).

Así mismo, se establecía que sólo podían adoptar conjuntamente, conforme al artículo 90, derogado por el artículo [217](#) de la Ley 1098 de 2006: 1. Los cónyuges y 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo

menos tres (3) años. La conclusión que se deriva de lo anterior resulta bastante clara, no se pensaba en ningún caso aprobar la adopción por parte de parejas del mismo sexo y no se hablaba claramente de la posibilidad de adoptar por parte de personas solteras, aunque no estaba prohibido y en la práctica ocurría.

En síntesis, se puede afirmar que, bajo el imperio de la carta confesional de 1886, el matrimonio no era nada diferente a la aplicación de una institución católica, que tenía y tiene aún hoy en día, pese a la lucha de la comunidad LGBTI, como propósito legitimar una relación entre hombre y mujer y avalarla en el mundo jurídico y en el mundo espiritual. Por su parte, la adopción era y sigue siendo una institución encaminada a proteger los derechos de los menores de edad, a la que podían aplicar cónyuges (unidos por el matrimonio católico, es decir, conformado por un hombre y una mujer), la pareja formada por el hombre y la mujer que demostraran convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años y el soltero que demostrara idoneidad. En consecuencia, no se pensaba en otras formas de unión ni de familia ni en el matrimonio ni en la adopción.

5.4.2. Desde la constitución del dios católico hasta la constitución del *dios ilustrado*

Nada ha cambiado o *que todo cambie para que todo siga igual*, podrían ser dos adagios aplicables al recorrido histórico que se deriva de lo ocurrido en Colombia, en términos del desarrollo constitucional; pero la idea de cambio es en sí misma relativa dado que sí se han presentado transformaciones importantes. En efecto, se puede afirmar que sí hay un cambio de paradigma entre la Carta Política de 1886 y la de 1991; sí hay una pretensión de transformación que, además, se ha traducido en avances considerables respecto a los derechos fundamentales y a sus garantías y respecto a las estrategias que la Carta de 1991 brindó a los ciudadanos y otorgó al tribunal constitucional para desarrollarlos y consolidarlos. Sin embargo, esta realidad funciona de forma paralela a otra que se perpetúa, la de un Estado profundamente arraigado a valores confesionales de origen católico que han sido afianzados y apropiados, no sólo por quienes detentan tal credo sino por otras aproximaciones religiosas.

Por extraño que parezca, el estado colombiano logra convivir entre estas dos realidades antagónicas: una constitución pluralista y una sociedad conservadora. Así pues, una pregunta que podría surgir es si existe algún punto de unión. En términos de la presente investigación, se afirma que este punto sería la mirada iusnaturalista que permea la totalidad de nuestro escenario constitucional. Entonces, se pueden encontrar diferentes espíritus constituciones en una sola carta política, uno de ellos profundamente liberal, otro neo-liberal como afirma Orjuela (Orjuela, 2003) y otro, profundamente tradicional y religioso.

Teniendo en cuenta este contexto resulta importante señalar, como lo menciona Hernando Valencia Villa en su texto *Cartas de Batalla* (Valencia Villa, 2010), que en la historia constitucional colombiana, se puede establecer un hecho que la enmarca y que se ve claramente en las constituciones que precedieron a la de 1886 y posteriormente a la de 1991: el proceso de construcción nacional, que se divide entre la pretensión de consolidar un Estado-nación o un Estado-nacional. La diferencia entre los dos no es menor, pues la idea de nación encarna al pueblo, al poder soberano y a la forma en que se ejerce el poder y se cree en este ejercicio. Por su parte, un Estado nacional habla de la necesidad de monopolizar la fuerza en un territorio específico a través del poder soberano; situación que ha sido constantemente retada por los grupos al margen de la ley en el caso colombiano y por la imposibilidad del Estado de llegar a las regiones y de enfrentar de forma efectiva procesos tan complejos como el desplazamiento forzado.

Por otro lado, a la dualidad entre Estado-nación y Estado-nacional, se puede unir el *acontecimiento*, eje del presente trabajo, es decir la Constitución de 1991, entendiéndola como un reto de transformación frente a la constitución creyente de 1886, en la medida en que desafía al estado republicano y busca un nuevo proyecto estatal, el Estado social de derecho, que, a su vez, entra en tensión con proyectos constitucionales y societales diversos. Conforme a Valencia Villa este proyecto es colectivo, material y está en constante movimiento. No es un episodio singular, formal ni acabado y afecta todos los aspectos de la vida social (Valencia Villa, 2010). Teniendo entonces dos acontecimientos que se entrecruzan y complementan: el

proyecto de Estado-nación o Estado-nacional y su concreción aspiracional, en el Estado social de derecho que se encuentra en la Constitución Política de 1991, de la que se hablará a continuación, con el propósito de probar que continúa siendo una carta creyente, pero en otro dios, el *dios ilustrado*.

5.4.3. Caracterización de la Constitución de 1991 como carta creyente y pluri-religiosa

Si bien ya se ha mencionado en varios momentos de la presente investigación, la forma en que se presentó el proyecto de la Constitución de 1991, para retomar sus características no sobra subrayar que surge en el marco de unas condiciones de violencia particularmente difíciles. En palabras de Ricardo Arias, citando a Marco Palacios, en la década de los 90, el índice de homicidios por año era de un promedio de 32.000, por su parte, ilustra, citando a Jaime Zuluaga que, para la época, los homicidios constituían el 25% de las muertes al año, mientras que para el resto del mundo constituían el 1% (Arias, 2003). El diagnóstico sobre Colombia en la época, y aplicando la teoría de los *estados fallidos* es que el país podría estar en esta categoría. Pese a ello siempre ha funcionado como estado y generalmente como estado constitucional y democrático de derecho⁸²; siendo el caso colombiano uno paradigmático pues sobrevive pese a no contar con condiciones para hacerlo.

Lo primero que habría que resaltar, aunque se ha dicho en varias ocasiones, es que del preámbulo desapareció la referencia específica a dios como fuente suprema de toda autoridad y pasa a hacerse una referencia general a la divinidad, al invocar su protección. Esta primera distinción evidencia una apuesta diferente pero no permitiría afirmar que la Carta es laica, pues no hay neutralidad frente a la existencia de un ser superior, premisa básica para aplicar dicha categoría.

⁸² Al respecto se sugiere ver el siguiente texto: *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso* del autor Rotberg, Robert (en Munévar, 2005).

Por el contrario, esta referencia genérica unida al derecho a la libertad de credos, sirven para mostrar que se aceptan diferentes posiciones religiosas y que la protección que se invoca no evidencia que se trate de una autoridad suprema ligada a una corriente moral específica, siendo posible afirmar que se presenta otro tipo de propuesta, que en este texto se ha denominado la apuesta pluri-religiosa. Al asumir esta apuesta y al pensar en el *dios ilustrado*, se puede afirmar que este dios otorga poder a los valores, principios y al discurso de derechos fundamentales que son su razón de ser y el de la positivación de su protección que es la muestra fehaciente de la presencia del derecho natural en la Constitución.

En segundo lugar no se puede ignorar que la apuesta de la Constitución de 1991, definitivamente muestra una tendencia de inclusión de grupos que antes no tenían acceso al poder de ninguna forma, como lo afirman Lemaitre (Lemaitre Ripoll, 2009) y Arias (Arias, 2003). La Constitución de 1991 habla de una nación plural, al incluir, a lo largo de la Carta, de forma explícita e implícita a grupos tradicionalmente minoritarios y (o excluidos) que van desde las mujeres hasta minorías reconocidas jurisprudencialmente como los reclusos y ahora, las personas de la tercera edad. La ciudadanía se da a todos por igual, sin posibilidad de discriminar, conforme al artículo 13 de la Constitución.

Desde esta visión plural también se reconoce el pluralismo religioso, en los términos del ya mencionado artículo 19, que establece: el reconocimiento de la libertad de cultos, el derecho a profesar y difundir la religión que se escoge libremente y la igualdad de todas las iglesias frente a la ley. Este paso, nuevamente, más que hablar de laicidad, permite hablar de pluri-religiosidad, al dar al derecho a la libertad religiosa el carácter de norma fundamental. Respecto a la igualdad de todas las religiones frente a la ley, señala Arias que:

significa, esencialmente, que, en nombre de la igualdad, no puede haber una religión con mayores derechos que otras; es decir, el Estado se ve obligado a observar una rigurosa neutralidad frente a todas las Iglesias y confesiones religiosas no sólo para

respetar la igualdad religiosa, sino también para asegurar el pluralismo de la nación colombiana.(Arias, 2003, p. 320).

Neutralidad incluyente pero no laica. Ahora bien, a diferencia de lo planteado en esta investigación, autores como Arias, García Villegas y Uprimny, entre otros, asumen que, aunque la Constitución Política de 1991 no hace ninguna referencia explícita a la laicidad, si se puede afirmar que de la misma se deriva un *carácter laico*. Para Arias, por ejemplo, lo anterior se sustenta precisamente en las libertades que se relacionan con la conciencia y la religión y en la protección a la pluralidad. Así mismo en la pretensión de igualdad que se da a todas las iglesias.

El autor también hace referencia a las normas constitucionales relacionadas con la libertad de enseñanza (artículos 67 y 68). Sin embargo, la mayor parte de colegios públicos y privados realizan ceremonias religiosas católicas o continúan enseñando religión a los niños, niñas y adolescentes. Pese a ello, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional si se ha dado cumplimiento a la idea de que ninguna persona puede ser obligada a recibir educación religiosa y que es preciso respetar los credos y creencias personales de los estudiantes. Sobre la libertad de cultos o libertad religiosa en Colombia, resulta importante puntualizar algunos aspectos. La libertad religiosa es una de las formas de trazar los límites entre el Estado y la Iglesia; en otras palabras, es un parámetro para pensar en un proyecto laico. En Colombia el establecimiento de esta libertad ha oscilado entre pretensiones muy conservadoras y otras de índole más liberal, como se evidenció en el análisis histórico de Marquardt y otros.

Al respecto, vale la pena resaltar que en la reforma de 1936, se derogó el artículo 38 de la Constitución de 1886 que establecía que la Iglesia Católica era la personera de la religión de los colombianos y se eliminó la obligación del Estado de organizar la educación en función de los postulados de la religión católica (Munévar, 2005). En 1957, con el plebiscito, se vuelve a dar relevancia a dios como fuente suprema de toda autoridad y a establecer que la religión

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

católica es elemento esencial del orden moral. A partir de los años 70 las iglesias confesiones cristianas protestantes evidenciaron un crecimiento nunca antes visto (Munévar, 2005). En 1990 la turbulencia social y cultural mostró la diversidad del pueblo colombiano en el establecimiento de la ANC. Todo esto, llevó a que en la construcción de la CN de 1991 quedara incorporada la libertad religiosa como derecho fundamental, complementada con la libertad de credos.

Esta incorporación, así como la modificación del preámbulo, evidencian un cambio frente al estado confesional reinante con la Carta de 1886. Sin embargo y conforme Munévar, se puede afirmar, que:

la aconfesionalidad del Estado no determinó una separación hostil entre las iglesias, confesiones y denominaciones y el poder civil, por tanto, la aconfesionalidad del régimen colombiano no es irreligioso, laicista o anticlerical. Lo que se pretende con la nueva normatividad es que el Estado excluya de sus normas jurídicas cualquier precepto cuya aplicación a una confesión religiosa, dé cierta posición preferente o privilegiada en relación a las demás (Munévar, 2005, p. 253).

Esta propuesta permite soportar la tesis expuesta en la presente investigación y concluir que la apuesta constitucional del estado colombiano es pluri-religiosa y no laica y que la Constitución es aconfesional pero no neutral en temas de dios ni de las religiones, pues las protege.

La concreción de los anteriores postulados tuvo lugar con la expedición de la Ley 133 de 1994, en donde, en palabras de Munévar, la Iglesia Católica romana aprovecha la ley reglamentaria para acomodarla a sus intereses. Las conclusiones más relevantes que se derivan de la norma son: la prohibición de declarar alguna iglesia o confesión como del estado; el reconocimiento de la libertad religiosa, señalando que,

no se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley las actividades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos; el satanismo, las prácticas mágicas o supersticiosas o espiritistas u otras análogas ajenas a la religión (Congreso de la República de Colombia, 1994, art. 5)

Con la norma también se garantizaron los siguientes aspectos de la libertad de religión y cultos: los efectos civiles de los matrimonios religiosos; la asistencia religiosa pública de su propia confesión⁸³; la enseñanza religiosa en lugares públicos; la libertad de elección por parte de los padres de la educación religiosa de sus hijos; la creación de institutos de formación y estudios teológicos; el reconocimiento de la actividad ministerial; el cumplimiento de actividades de educación, beneficencia o asistencia social y el reconocimiento de la personería jurídica especial a las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, federaciones y confederaciones y asociaciones de ministros (Munévar, 2005). Como contraste histórico, señala Arias que, desde el gobierno de Barco, se realizaron intentos por modificar la relación entre la Iglesia y el Estado, pensando incluso en modificar el Concordato, pero no se logró nada concreto. En efecto, se tuvo que esperar para lograr la aprobación del divorcio para todo tipo de matrimonios y suprimir ciertos privilegios de la Iglesia en términos de educación religiosa.

Por otro lado, Arias también establece, con el propósito de ilustrar las características de la Carta de 1991 y de esta investigación de intentar valorar la existencia o no de laicidad y de elementos del derecho natural extra-normativos a lo largo de la norma de normas, que se introdujeron cambios con respecto a la concepción del matrimonio, del divorcio y de la familia, por ejemplo, que habría igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y entre adoptados y naturales. También, se estableció que los matrimonios religiosos tendrían efectos

⁸³ Elemento que resulta fundamental al contrastar el caso francés, pues una de las características del ejercicio de la laicidad radica en la prohibición de mostrar en espacios públicos actos referentes a un culto particular.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

civiles en los términos señalados por la ley, así como las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos.

Sin embargo, el posible reconocimiento de la laicidad al pensar en la concepción de familia y de matrimonio, casos que se están analizando, deja mucho que desear por su ambigüedad. En la Constitución, se habla de la posibilidad de contraer matrimonio o de formar una familiar por vínculos naturales o jurídicos y con la decisión libre de una mujer y un hombre, dejando con esto, un escenario para interpretar el matrimonio y la familia en función de la heterosexualidad. Hasta hace poco, la Corte fue tímida al hablar de matrimonio para cualquier tipo de pareja. También se han presentado propuestas normativas claramente conservadoras como la previamente mencionada de Viviane Morales, intentando prohibir la adopción de menores por parte de familias homoparentales o monoparentales y la de considerar la propuesta del Ministerio de Educación y otras instituciones para revisar los *manuales de convivencia* como una que imponía la denominada, y carente de contenido, *ideología de género*.

Definitivamente la lucha por la igualdad por parte de minorías como las parejas homosexuales ha sido un esfuerzo por lograr la igualdad material y por separar el poder de la Iglesia católica del que emana del Estado colombiano, pero este esfuerzo evidencia la falta de consistencia en términos de laicidad que se deriva de la interpretación de la Constitución Política, llevándonos a afirmar que la Carta de 1991 continúa siendo una carta creyente que, por una inadecuada comprensión del alcance del *dios ilustrado*, si bien acepta diferentes creencias algunas veces, continúa privilegiando instituciones católicas reguladas por el derecho positivo.

Adicionalmente, habría que señalar que a partir de la interpretación que de las normas constitucionales hace el tribunal constitucional colombiano, se han logrado declarar inexecutable ciertas normas del Código Civil abiertamente contrarias a los postulados

mencionados, como aquellas que objetivaban a la mujer como propiedad del marido. Sin embargo, aún no se ha logrado armonizar el matrimonio igualitario ni el concepto de familia con los criterios de igualdad que demanda la Carta e instituciones como las anteriores, siguen siendo interpretadas, evidenciando relaciones entre la religión y lo jurídico, pudiendo entenderlas en un lugar intermedio entre las anteriores, como medio religiosas y medio jurídicas⁸⁴.

Por otro lado, Arias realiza un análisis sobre la propuesta moral que se presenta en la Constitución de 1991, que también evidencia la existencia del derecho natural en las dos constituciones, con sutiles cambios. El autor señala al respecto que:

La Constitución de 1886 había hecho de la Iglesia Católica y del catolicismo un garante del orden social. En esa perspectiva, la institución eclesiástica se convirtió en dueña de los criterios de exclusión social: quien atentara contra los principios unificadores era señalado como una amenaza para el orden social, por lo cual toda persona que se desviara de los preceptos religiosos o morales establecidos quedaba excluida del matrimonio, de la educación, del entierro oficial, a veces del trabajo. Nada de esto subsiste en el nuevo régimen religioso (Arias, 2003, p.322).

La cita nuevamente sirve para mostrar el giro hacia el pensamiento liberal, o por lo menos más matizado en términos conservadores, pero también se ajusta a la hipótesis sostenida frente a entender la Carta de 1991 como una nueva constitución creyente, en la

84 Un reto que se podría plantear sería abolir, para cualquier unión de parejas que se quiera formalizar, la institución matrimonial, y dejar a todas las puertas abiertas para que las uniones solo sean eso: uniones con efectos civiles. Cuando se presenta esta opción parece claro que la institución del matrimonio da estatus a las relaciones afectivas y su des-regulación o negación para algunos tipos de pareja se queda sin sustento y es improbable que desaparezca, pues el sentir popular lo considera una unión deseable y está arraigada en el imaginario social. Para ilustrar lo anterior, en el caso francés, por ejemplo, están vigentes el matrimonio y el denominado Pacto Civil de Solidaridad (PAC), primera medida para legalizar la unión entre parejas del mismo sexo en dicho país. En el 2002, con el fin de ir más allá y pese a la oposición de las corrientes conservadoras, se buscó aprobar una ley para el matrimonio homosexual, que pretendía ir mucho más lejos que el PAC, aprobado en 1999, bajo el gobierno socialista de Lionel Jospin. El PAC no permitía ni la adopción, ni los derechos a heredar ni a recibir la pensión del cónyuge. Todas las situaciones mencionadas quedarían contempladas en el proyecto de ley que sería aprobado en el 2003 (El Espectador, 2017b) y (CNN, 2013).

medida en que habla de un “nuevo régimen religioso”, el que acepta la diversidad religiosa en palabras de esta investigación, y se agrega moral, un regimen que proviene no sólo de los valores de la Carta sino de la moral de la mayoría, que se usa muchas veces, incluso en las decisiones de la Corte Constitucional, para explicar las referencias normativas a la costumbre y moral cristiana o mayoritaria.

En otras palabras, se afirma que la supuesta apuesta laica de la Constitución de 1991 es ambigua y da lugar a lecturas muy conservadores o muy liberales, pero de ninguna de ellas se deriva que la constitución colombiana sea neutral o no le de valor a dios, que está presente en varias instituciones como el matrimonio y en la posibilidad de analizar principios, valores y otros parámetros extra-normativos. A este punto se dedicará un espacio particular al analizar algunas decisiones jurisprudenciales que muestran la presencia del derecho natural como apuesta interpretativa de la Carta Política y del Estado de derecho colombiano⁸⁵.

También reconoce Arias, situación que sirve al propósito de la presente investigación, que la Constitución de 1991, acepta la diversidad religiosa existente en la sociedad colombiana, parámetro extra-normativo que se relaciona con valores propios del derecho natural, pues no necesariamente la apelación a dios tiene un carácter jurídico, de hecho, es lo que se le reprocha al estado confesional. Por supuesto, el fin de la Carta en este sentido es reconocer minorías religiosas excluidas históricamente, pero esta afirmación nos lleva a entender que la Carta y la sociedad a la que pertenecen tienen a dios como una bandera para sus decisiones jurídicas y políticas. Arias destaca que el reconocimiento a la libertad religiosa en igualdad de condiciones, también implica la apuesta pluralista que es un rasgo distintivo de esta carta política y que lleva a tomarse en serio al otro, sea quien sea y a cada comunidad cultural particular, que es indudable como apuesta diferenciadora entre la antigua constitución

⁸⁵ Al respecto ver el capítulo titulado: La Corte Constitucional y el paradigma de la adjudicación constitucional desde el derecho natural que se presenta en páginas posteriores.

creyente y la nueva constitución creyente, la primera puramente confesional y la segunda, pluri-religiosa.

En el mismo sentido, se puede afirmar que hay una lucha que la Iglesia católica ha intentado sostener y que ha quedado plasmada en la jurisprudencia constitucional, la idea de moral y de retornar a los valores de la moral católica. Esto se ha evidenciado, por ejemplo, en la solicitud del episcopado por hacer de la educación religiosa, no una propuesta que evidencie el poder de la Iglesia o su relación con el estado, sino una de carácter moralizante para enfrentar la crisis del país, lo mismo se puede decir, del caso del aborto en donde muchos sectores, incluso al interior del estado colombiano se niegan en seguir lo dispuesta en esta materia por la Corte Constitucional, en aras de preservar valores tan esenciales como la vida, protegida constitucionalmente. Esta actitud fue particularmente evidente en el 2006 luego de haber salido a la luz la Sentencia C-355, decisión con la que la Corte se pronunció en el sentido de autorizar el aborto en el caso de peligro de la vida de la madre, graves malformaciones del feto que hagan inviable su vida y violación, y la actualidad, muestran el rechazo a la secularización del estado.

No obstante, se ha intentado superar esa idea de moral cristiana por una de moral civil o de moral laica, afirmando, incluso, que se trata de aquella que recoge lo que piensa la mayoría, pero en esta apreciación la Iglesia católica reconoce peligros, por ejemplo, monseñor Castrillón, citado por Arias, manifiesta que la moral de la mayoría puede ser manipulada y muy peligrosa y pone como ejemplo lo ocurrido en la Alemania nazi (Arias, 2003). También se afirma, no sin razón, que los principios morales católicos son los mismos que defiende el discurso de los Derechos Humanos y en consecuencia los de la Constitución Política de 1991.

Para terminar evidencia el autor que en la Corte Constitucional, se manifiesta la misma ambigüedad, llegando a mostrar posiciones pro laicas como la que se deriva de la Sentencia C-239 de 1997 (en la que aprobó la eutanasia pasiva), que señala, conforme a la referencia expuesta por Arias que nadie puede propender porque sus creencias religiosas o morales se

hagan coercitivas para todos los ciudadanos (Sentencia C-239 de 1997 en: Arias, 2003) y posiciones pro el “hecho católico”, cuando se intenta apelar a la moral de la mayoría del pueblo colombiano en sentencias como la C-133 de 1994 y C-013 de 1997, que tratan el tema del aborto, por supuesto sin llegar a aprobarlo pues esto solo ocurre en 2006 (República de Colombia, 2012). En consecuencia, se tiene que la moral civil parecería ser para muchos sectores la moral católica pues esta es consistente con los valores de la Carta o pues esta es la que detenta la mayoría, mostrando una falta de consistencia entre el entendimiento de la Carta como apuesta laica.

5.4.4. La Corte Constitucional y el paradigma de la adjudicación constitucional desde el derecho natural

En este apartado se pretende indagar sobre la forma en que los jueces constitucionales han entendido el alcance de nuestra Carta Política. Para esto, se utilizará el planteamiento que al respecto ha desarrollado Oscar Mejía Quintana utilizando un marco de referencias jurisprudenciales que, conforme a su posición, evidencian la estrategia de adjudicación constitucional desde el derecho natural. Para esta investigación, dicha adjudicación no sólo hace referencia ni evidencia cómo la Carta Política de 1991 es una apuesta constitucional cuyo andamiaje descansa en el derecho natural sino que dicho derecho natural de corte racionalista e historicista responde a la concepción del acá denominado *dios ilustrado*; un dios consagrado constitucionalmente y que se ha nutrido de la interpretación constitucional pues habla en nombre de los derechos fundamentales y de una concepción de justicia fundada en el individuo y su dignidad, como se probará en las páginas siguientes.

Así pues, se comienza por presentar el tema señalando cuáles son las sentencias y el marco de referencia usado por el profesor Mejía Quintana desde su aproximación teórica. El autor utiliza la Sentencia T-406 de 1992 de la que fue Magistrado Ponente Ciro Angarita y en la que se habla de la diferencia entre valores y principios constitucionales. Posteriormente menciona las Sentencias T-005 de 1995 y T-714 de 1996 de las que fue Magistrado Ponente

Eduardo Cifuentes⁸⁶, en donde se establece el rol de ciertos principios y su importancia en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, habla Mejía de la Sentencia la C-083 de 1995 del Magistrado Carlos Gaviria que habla de los principios sistémicos implícitos y explícitos en la Carta Política y de que los principios generales sólo sirven como criterio de interpretación en casos de lagunas, pues no son parte del orden constitucional. Finalmente, está la Sentencia la SU-640 de 1998 de Eduardo Cifuentes, en la que se establece la necesidad de revisar el ordenamiento a la luz de principios y valores superiores que propicien y articulen la unidad sustancial de la Carta. Lo anterior se complementó con otras decisiones que permiten terminar el análisis respecto al alcance del derecho natural en nuestra Carta Política, entre ellas, se destaca la C-486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes y de forma más reciente la C-284 de 2015, MP. Mauricio González.

Es importante destacar que la mayor parte de decisiones jurisprudenciales escogidas por Oscar Mejía proceden de los magistrados que hicieron parte de la primera Corte Constitucional - instalada por primera vez el 17 de febrero de 1992, en reemplazo a la anterior Sala Constitucional, parte de la Corte Suprema de Justicia - y que en este sentido cobran gran importancia dado que estaban estableciendo el alcance de la Carta Política naciente. También se evidencia que dicho alcance requiere constante interpretación y re-interpretación, dando lugar a que, nuestro tribunal constitucional actúe reiterativamente intentando entender la Carta, conforme a la realidad histórica y al desarrollo económico y social. Adicionalmente, resulta fundamental considerar que en todas las decisiones mencionadas se presenta una interpretación que evidencia elementos analíticos que nos remiten al derecho natural de forma explícita o implícita.

⁸⁶ Es común encontrar un error en la citación de la jurisprudencia de Cifuentes, aparece como referencia la Sentencia T-085 de 1995 que no existe teniéndolo a él como Magistrado Ponente. Sin embargo, en el presente acápite se estudian las decisiones jurisprudenciales que tratan la trascendencia de los principios constitucionales y su rol en el ordenamiento jurídico colombiano tanto de su autoría como de otros magistrados ponentes.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

La primera decisión judicial que se analiza y que permite hablar del alcance del estado social de derecho y del corte ius-naturalista que lo inspira y que, a su vez, inspira nuestra Constitución es la Sentencia T-406 de 1992, de la que fue Magistrado Ponente Ciro Ángarita. En esta decisión, particularmente, se desarrollan los conceptos de derechos fundamentales y principios constitucionales y se produce como consecuencia de la acción de tutela instaurada por un ciudadano que solicitó la protección del derecho a la salubridad pública consagrado en el artículo 88 de la Constitución Nacional. Adujo que dicho derecho, así como los que se refieren al medio ambiente sano y a la salud de la población pueden estar protegidos por la tutela cuando se instauran como mecanismos transitorios para evitar un perjuicio irremediable, pese a que los mismos, en principio, serían objeto de protección a través de acciones populares.

En este contexto, las preguntas que decidió responder la Corte se pueden entender de la siguiente forma: ¿cuál es el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y cuál es su relación con los derechos fundamentales? Para ello, consideró fundamental responder a otras dos preguntas: ¿cuál es el alcance del estado social de derecho y ¿cuál es la delimitación de los derechos fundamentales? (CConst, 1992).

Entonces el elemento *social* del estado escogido por nuestro constituyente, implica, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional, dos cosas: una referencia al estado bienestar y otra, al estado constitucional democrático. El primero, y desde su origen en Europa con las demandas sociales de comienzos del siglo XX, se puede entender como “el estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho (H.L. Wilensky, 1975)” (CConst, 1992). Por su parte, el Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política de la intervención del estado;

respuesta fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (CConst, 1992).

Arguye la Corte en esta decisión de 1992, que el entendimiento del estado colombiano como estado social de derecho, conlleva un giro en el que el eje ya no está en la norma con su carácter sacro, sino en la importancia de la justicia material y en este contexto, la Constitución sólo cobra sentido si su aplicación es la puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. Esta sería una primera forma de entender la existencia del *dios ilustrado*, cuya sacralidad se relativiza en función de la aplicación de la justicia material.

Así pues, la carta de derechos se comprende y justifica como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales; resulta pues, imposible interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (CConst, 1992). Y la propuesta de esta investigación, consiste en encontrar que la manera de llevar los principios a la Carta Constitucional y aplicarlos en función de la carta de derechos es el derecho natural, a través del *dios ilustrado*, pues unos y otros – derechos y principios - se justifican por la razón y por la historia, más allá de la regulación positiva de un derecho o de un principio.

Respecto a los valores y a los principios de carácter constitucional, la Corte señala que en el estado social de derecho el juez adquiere una mayor importancia, y su rol es fundamental, dado que las decisiones judiciales no pueden derivarse sin tener en consideración los valores, entendidos como el catálogo axiológico que da sentido y define la finalidad de las normas del ordenamiento jurídico. Estos valores pueden ser explícitos o

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

implícitos, y constituyen el soporte y la razón de ser de la organización política y su enunciación no puede ser entendida en un sentido simplemente simbólico, “sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que (...) irradian todo el entramado institucional” (CConst, 1992).

Por supuesto y dada su textura interpretativa abierta, ellos deben contar con límites que establece el legislador y en esta medida, es preciso entender que los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, pero no son normas de aplicación directa. Por su parte, los principios constitucionales

a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional (CConst, 1992).

Los principios, conforme a lo establecido por la Corte en esta decisión, expresan normas jurídicas aplicables en el presente, constituyen el espíritu del carácter normativo; y son el inicio del nuevo orden. En otras palabras, son lo que desde el derecho se denomina “el ser” de la norma. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro, se dirigen a las autoridades que crean el derecho; son la mira que jalona hacia el orden del mañana; es decir, expresan lo que desde el derecho se denomina “el deber ser” de la norma. En consecuencia, los principios no pueden ser desconocidos en ningún caso, ni en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales.

Finalmente, es preciso señalar, como lo hace la Corte en la decisión objeto de análisis, que el juez, en el marco del estado social de derecho, no sólo interpreta la norma, sino que es quien promueve una visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales; transformándose entonces, el juez, en un creador de derecho.

Pasando al tema de los derechos fundamentales y a su relación con el derecho natural, la Corte establece, en la decisión en comento, los requisitos y criterios esenciales para que un derecho detente la calidad mencionada. En el presente texto, sólo se tocarán los aspectos que se relacionan con el tema de construcción del estado social de derecho y la relación que el mismo tiene con la posibilidad de encontrar en él, vestigios de derecho natural y la presencia del *dios ilustrado*. Así se tiene que, para que un derecho sea considerado como fundamental, debe tener conexión directa con los principios de carácter constitucional, que no son otra cosa que la base axiológico-jurídica que permea el sistema normativo. En palabras de la Corte, se entiende que

La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio (CConst, 1992).

Para la Corte en esta decisión era claro que los derechos fundamentales no se limitaban a aquellos taxativamente declarados ni positivamente incluidos, sino que el carácter del estado social de derecho y la importancia que la Constitución le da a la persona humana, permiten establecer en casos específicos que, derechos de otro tipo, puedan llegar a ser considerados como fundamentales, tal es el caso del derecho a la salud y del principio, de carácter laboral, al mínimo vital y móvil, que se relacionan directa e insalvablemente con el derecho a la vida.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Con respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales, señala la Corte en sintonía con lo que se viene señalando, en Sentencia posterior de la que fue Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes, que, el núcleo básico del derecho fundamental, no está sujeto a una interpretación que dependa de una opinión o de una coyuntura política. Declara el órgano que

El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan (CConst, 1995c).

Esta declaración cobra mayor importancia cuando en la práctica vemos que hay casos en que las mayorías, o el acá denominado sentir popular, responden a una realidad moral particular, como al rechazar la adopción por parte de personas del mismo sexo o al negarse a aplicar interrupciones voluntarias del embarazo permitidas por la Corte Constitucional. En Colombia no parece ser clara la diferenciación que debería existir entre el contenido sustancial de una norma de carácter constitucional, los principios y valores que la acompañan, y el sentir político de los ciudadanos, que, si bien no se puede desconocer, no responde, en muchos casos a las posibilidades de proteger derechos que, de hecho, da la Carta Política.

Como se deriva de lo planteado por el Tribunal Constitucional, el hecho de estar en un estado social de derecho, le da vida jurídica a los valores, principios y derechos fundamentales. Esto solo es posible si se responde a una realidad que no se limita al derecho positivizado, sino que responde a criterios que anteceden la realidad normativa, así como a los hechos y a la realidad social. En el caso colombiano es importante señalar que esta realidad que va más allá del derecho no es neutral en temas de dios, pues dios es importante para la sociedad y dios es reconocido jurídicamente en su diversidad.

De la sentencia analizada, se puede además inferir, que al estado colombiano no le son ajenos los elementos que el juez puede usar para lograr construir una sociedad más justa y democrática y que inspiran al ordenamiento, con diferente grado de implicación normativa. Así pues, de exigencia en su orden de mayor a menor estarían los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores, también constitucionales.

En consecuencia, en el ejercicio racional que realiza el juez en el proceso de interpretación no puede desconocer los anteriores y para ello recurre a criterios de carácter ius-naturalista que le permiten adelantar el análisis adecuado al estado social de derecho colombiano. El ius-naturalismo está imbuido, entonces, en nuestra realidad valorativa y de interpretación constitucional. El proyecto de estado que subyace a la Carta de 1991, responde a estas construcciones de derechos fundamentales, principios constitucionales y valores constitucionales que para cobrar vida jurídica requieren del andamiaje extra-normativo que los acompaña. Este andamiaje, como se viene señalando no necesariamente responde a un proyecto laico, pero si necesariamente responde a un proyecto pluri-religioso que no ignora la presencia de dios, pero este dios tampoco podría ignorar los derechos, principios y valores y valores de carácter constitucional explícitos en la Carta o construidos interpretativamente, razón por la cual se denomina *dios ilustrado*, que se deriva de la razón y de la historia, siendo entonces un protector del derecho natural.

Por su parte en la Sentencia T-005 de 1995, de la que fue Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes, se habla del derecho a la salud, ubicándolo en el plano de los derechos fundamentales para lograr su efectiva protección a través de la acción de tutela, cuando su incumplimiento pone en riesgo la vida como valor supremo. En función de los hechos particulares del caso establece la Corte que

La peticionaria tiene 84 años de edad y padece de una enfermedad grave. Los recursos económicos que deriva del servicio médico hacen parte de un mínimo necesario para

su subsistencia. De la suspensión de este servicio se podrían desprender consecuencias negativas y fatales para su esfera vital (CConst, 1995c).

Con fundamento en lo anterior, el problema jurídico que se quiso resolver consistió en establecer si pese a que el derecho a la salud no es fundamental, por no encontrarse taxativamente en la Carta Política, la accionaria puede acceder a su prestación haciendo uso de la acción de tutela. Por su parte y para efectos de lo que concierne a esta investigación, se puede encontrar también como problema jurídico, el siguiente: ¿son los principios de solidaridad, confianza y buena fe tan importantes que pueden ser entendidos como rectores del ordenamiento jurídico?

En relación con el principio de solidaridad, establece la Corte que éste irradia todo el orden jurídico y está presente en diferentes instituciones y principios constitucionales. Se podría sostener que este principio no solo responde a los parámetros básicos del estado social de derecho sino de cualquier sociedad que reconoce la diferencia y que para disminuir la desigualdad debe generar acciones de ayuda frente a otros. Este principio podría responder a cualquier religión y por esto puede considerarse un parámetro propio del *dios ilustrado* y de una Carta pluri-religiosa. También podría estar presente en una propuesta laica, pero la colombiana, no es neutral en temas religiosos, por lo tanto, responde mejor a la propuesta constitucional que se sostiene en la presente investigación.

Ahora bien, el principio de solidaridad, en materia de seguridad social, aparece en el artículo 48 de la CP que consagra que “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (CConst, 1995c), lo cual para el Tribunal resulta aún más importante cuando se trata de la protección y asistencia a las personas de la tercera edad, como se establece en el artículo 46 de la Constitución.

En la materia que atañe a esta investigación, es decir, la de encontrar los elementos del derecho natural presentes en las decisiones de la Corte y su influencia en la forma en que se entiende nuestra Carta Constitucional, no como una apuesta laica sino como una apuesta pluri-religiosa con elementos liberales, establece el Tribunal, que los principios

(...) sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesamiento de intereses y valores, de tal manera que la decisión final no habría sido la misma de no existir dicho principio. La solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice (...) (CConst, 1995a).

La Corte también trata el principio de la confianza debida entre empleadores y trabajadores como uno que contiene un carácter esencial para la vida colectiva pacífica y lo incorpora en las condiciones de cooperación y respeto. Defraudar esta confianza tiene implicaciones graves en la articulación de las prácticas sociales, particularmente si esta situación aplica a relaciones de subordinación, como ocurre entre trabajadores y empleadores. Así mismo, menciona el órgano que el principio de buena fe resulta fundamental en la decisión objeto de estudio, pues desconocerlo implicaría su desprotección en una situación en la que un ciudadano pensó estar obrando de determinada manera y se enfrentó a una práctica engañosa.

Como se deriva del análisis sobre estos dos principios, ellos hablan de una perspectiva de justicia que asume parámetros que se derivan de la Carta pero que no están en ella, como brindar un trato respetuoso, cooperar y tratar a los otros de la manera en que quisiéramos ser tratados, elementos que, si bien no responden a una moral religiosa

particular, si van más allá de las pretensiones de la Carta como máximo regulador jurídico. En efecto, estos postulados provienen de la corriente kantiana que inspira el discurso de derechos humanos y que tiene elementos racionales e históricos propios del derecho natural. En términos de esta investigación son parámetros compatibles con una apuesta constitucional pluri-religiosa y que permite la existencia y el desarrollo del *dios ilustrado*.

En el caso de la Sentencia T-714 de 1996 del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes la Corte Constitucional analiza la viabilidad de la tutela interpuesta por unos ciudadanos que ven vulnerado su derecho al mínimo vital, tratándose de personas que tienen limitados varios derechos fundamentales por encontrarse recluidos en un centro penitenciario. Este caso es interesante para la investigación de este texto, en la medida en que evidencia el desarrollo de un derecho fundamental no consagrado explícitamente en la Carta Política.

Los ciudadanos instauraron varias acciones de tutela, al considerar que, en la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá, donde se encontraban recluidos en el momento de ocurrencia de los hechos, un funcionario les estaba vulnerando su derecho fundamental a una alimentación digna, sometiendo a "una dieta "bárbara e inmisericorde de hambre y miseria" consistente en papas, arroz y agua de panela. Además, indicaron que estos alimentos les son suministrados "semicrudos y llenos de mugre"" (CConst, 1996). El problema jurídico que se deriva de la situación de la referencia consiste en establecer si efectivamente se vulneró el derecho fundamental mencionado y para efectos de este texto, si existe tal derecho fundamental y, en consecuencia, si su protección es susceptible, a través de la acción de tutela.

Así pues, la Corte establece que en el caso de los reclusos la efectiva garantía de ciertos derechos fundamentales, depende completamente, de acciones positivas de la administración. En efecto, señala la Corporación que

una de las obligaciones que necesariamente debe asumir el Estado a fin de garantizar el derecho fundamental a la vida y a la integridad personal del recluso, es la de procurar al interno las condiciones mínimas de una existencia digna. Ello pues, si la administración no satisface las necesidades vitales mínimas de la persona privada de libertad - a través de la alimentación, la habitación, la prestación de servicio de sanidad, etc. -, ésta, justamente por su especial circunstancia, está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios (CConst, 1996).

Para la Corte resulta claro

que los internos tienen derechos fundamentales que no pueden ser limitados ni suspendidos por las autoridades administrativas, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la salud, al debido proceso, etc. En esta medida, dada la situación de indefensión y de privación de la libertad, en la que se encuentran los reclusos, la administración penitenciaria no sólo debe abstenerse de violar estos derechos a través de acciones positivas, sino que está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos (CConst, 1996).

Entre las acciones que debe realizar la administración para satisfacer las necesidades vitales y las condiciones mínimas para lograr que los reclusos cuenten con una existencia digna, se incluyen aquellas que brindan alimentación, habitación y que proporcionan el servicio de sanidad, que ellos mismos no se pueden procurar, pues están por fuera del escenario público en el que transcurre la vida ordinaria de las personas. Respecto a la alimentación, que es el elemento vulnerado en concreto, señaló la Corte que la administración debe responder a condiciones como cantidad, calidad, prescripciones dietéticas y de higiene para garantizar las necesidades básicas de nutrición. Por su parte, no brindar dichas condiciones conllevaría, en palabras del órgano, un sufrimiento innecesario que deriva en un tratamiento indigno e inhumano, que compromete el mínimo vital de quien se encuentra privado de la libertad. No sobra establecer que dicho tratamiento, además de ser contrario al estado social y democrático de derecho, resulta en una venganza por el daño causado por quien cometió un delito que impediría la rehabilitación que es el fin del derecho penal.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Como se deriva de lo anterior, derechos y principios como la dignidad humana y el mínimo vital requieren, para tener contenido sustancial, de desarrollo interpretativo y argumentativo que va más allá del derecho positivo, pues tienen que ser interpretados a la luz del contexto histórico y de los elementos, consecuencia del proceso de positivación de los derechos, pueden llenarlos de contenido. Esto, adicionalmente, se relaciona con el bloque de constitucionalidad pues las normas que se consideran vulneradas no se limitan a lo que establece la Constitución de forma escrita sino a otras normas de derecho internacional. Para el caso de la referencia, éstas se encuentran en

los acuerdos y convenios internacionales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968, art. 10), la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968, art. 5), la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Resoluciones 663 (XXIV) de 1957 y 2076 (LXII) de 1967 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (CConst, 1996).

Destaca el Tribunal Constitucional que sin la actuación efectiva del Estado o como consecuencia de una actuación deficiente o irresponsable, una persona privada de su libertad en razón del cumplimiento de una sanción de carácter penal, podría morir de hambre, de frío o de una enfermedad curable o generada por las condiciones sanitarias del establecimiento de reclusión y podría llegar a estar sometido a un sufrimiento intolerable a la luz del Estado social de derecho.

En síntesis, se afirma que en la Sentencia T-714 de 1996 es clara la importancia que la Corte otorga al derecho natural como se ha afirmado a lo largo del presente texto, particularmente en lo relacionado con la dignidad humana pues este concepto abierto y flexible es propio de sociedades que históricamente y a partir de la aplicación del discurso

de los derechos humanos y de las prohibiciones internacionales de someter a un ser humano a tratos crueles o inhumanos, se presenta un desarrollo moral que, en términos de la investigación, sería propios de una apuesta constitucional compatible con la libertad de credos y con el *dios ilustrado* que la debe garantizar, así como todos los otros derechos que tienen que ver con entender al ser humano como un fin en si mismo y no como un medio, premisa kantiana de origen ilustrado y contexto ius-natural.

En relación con la Sentencia C-083 de 1995 del Magistrado Ponente Carlos Gaviria, se derivan varios elementos importantes para el análisis de las fuentes de derecho y su relación con el derecho natural. La norma demandada a través de acción pública de inconstitucionalidad fue el artículo 8 de la ley 153 de 1887, por considerar que infringió el artículo 230 del Estatuto Superior. También se intentó demandar el artículo 13 de dicha norma y la Corte aclaró que en la sentencia C-224 del 5 de mayo de 1994, el magistrado sustanciador rechazó la demanda contra esa disposición por considerar que ya aplicó cosa juzgada constitucional.

El demandante consideró que el juez no puede acudir a la analogía, a la doctrina constitucional ni a las reglas generales del derecho, en la forma establecida en el artículo 8° de la ley 153 de 1887, sino directamente bajo la forma supralegal que impone el invocar la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, dado que las normas que regulan casos o materias semejantes, no están consagradas como criterios auxiliares de la actividad judicial, por lo que acudir a la analogía sería ir en contra del alcance de la disposición constitucional vigente (CConst, 1995a).

Respecto a lo que concierne a la presente investigación, el problema jurídico objeto de análisis consistiría en establecer si la analogía constituye o no fuente de derecho y si puede servir o no como criterio de interpretación judicial. Por su parte, en palabras de la Corte Constitucional el problema jurídico consistió en establecer si la "norma de normas" derogó, mediante la disposición transcrita, al artículo 8° de la ley 153 de 1887, anterior y

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

de inferior rango jurídico. Para el demandante, de lo anterior se infería que la analogía y la costumbre como fuentes subsidiarias se anulaban, al establecer en el artículo 230 a la ley como la única fuente obligatoria de derecho.

Para la Corte en Sentencia C-083 de 1995 resulta claro que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los artículos 8° y 13 de la Ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley aplicable al caso concreto, señalaba la analogía para aquellas situaciones en las que, de no encontrarse ley concreta, hubiese una que regulara casos o materias semejantes, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Así, las leyes, eran todas las normas jurídicas válidamente creadas y que se encontraban sujetas a la Constitución.

Por su parte, en el artículo 230 de la Carta, se dispuso que, en su actividad, los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y que los demás criterios que menciona son de carácter auxiliar. En este sentido, la Ley 153 en su artículo 8, señala que, si no hay leyes claras para un caso concreto, se aplicarán leyes que regulen casos o materias semejantes y de no existir se aplicará la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. También se menciona como fuente auxiliar la costumbre. Al respecto, cuando la costumbre es *praeter legem*, esta es llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal y cuando ésta no contempla la situación *sub judice* y aquélla sí lo hace.

Vale la pena resaltar, conforme a lo planteado en la Sentencia C-083, que cuando el ordenamiento consagra la necesidad de buscar otras fuentes jurídicas, el mismo está planteando la existencia de lagunas, pero estas lagunas no dejan al juez la potestad de no fallar por su presencia, sino que evidencian que no puede no hacerlo. En otras palabras, el juez está obligado a decidir, independientemente a que encuentre o no criterios en el ordenamiento que le permitan justificar su decisión: “Porque ontológicamente el juez es el

que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario”(CConst, 1995a). Así pues, la Corte establece que, aunque el juez decida no decidir está decidiendo y su decisión se presenta con las correspondientes consecuencias jurídicas.

Ahora bien, en relación con figuras como la analogía, la Corte en Sentencia C-083 establece que su positivación responde

al principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar, pues se busca una norma que pueda aplicarse al caso objeto de análisis. En consecuencia, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación (CConst, 1995a).

De esto se infiere que la analogía responde a criterios extra-normativos, y que su poder interpretativo y su carácter para crear derecho provienen de ellos, aunque su fundamento para ser considerada parte del ordenamiento sea el ordenamiento jurídico, la ley. Este ejemplo evidencia claramente el poder del derecho natural en función del derecho positivo y la interconexión entre los dos: norma regulada y derecho natural se determinan mutuamente a través de la analogía y esta tiene sentido pues se requiere como criterio para materializar el principio de igualdad y la justicia.

Con respecto a la doctrina constitucional, señala el Tribunal Constitucional que constituye una ayuda valiosa pero no es posible que tenga carácter obligatorio, lo cual es acorde con lo planteado en el artículo 230 de la Carta. De esta forma y conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 153 de 1887, sirve para aclarar o armonizar normas oscuras o incongruentes. Pese a lo anterior, si la doctrina constitucional tuviera como tarea integrar, si sería obligatoria. Ello dado que, señala el órgano constitucional, en este caso,

se reitera, la propia Constitución -ley suprema-; siendo ésta la que se aplica (CConst, 1995a).

En relación con las reglas generales de derecho, establece la Corte en esta decisión, Sentencia C-083 de 1995, que el test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. Así pues, los principios pueden tener carácter normativo o extra-normativo.

Para nuestro objeto de estudio, siendo este la existencia de elementos de derecho natural presentes en el ordenamiento jurídico y en la Constitución y en últimas dilucidar la presencia del *dios ilustrado*, establece la Corte que, en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, pero que si el derecho positivo se agota y el juez no encuentra respaldo para su decisión, de la que no puede abstenerse, el artículo 230 de la CP, le concede la posibilidad de recurrir a contenidos extra sistemáticos, a los que el propio sistema se refiere, siendo estos:

el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución (CConst, 1995a).

¿Y qué implica lo anterior? En palabras de la Corte en 1998 - Sentencia que se examinará a continuación - que el juez al acudir a la equidad como fundamento de su decisión, simplemente proyecta al caso su concepción de justicia, dando contenido material a un

principio que está en el sistema pero que no encuentra en él su fundamento formalmente considerado. Así pues,

el juez en cuestión deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad (...) (CConst, 1998).

En consecuencia, se reafirma lo que se estableció en párrafos precedentes, en la medida en que, cuando la Corte hace afirmaciones sobre el derecho natural, hace referencia a elementos extra sistémicos que subyacen al ordenamiento jurídico y se derivan del mismo, pero no están allí y su justificación es y no es el derecho positivo, mostrando cómo, para que ideas como la equidad y la justicia tengan cabida cuando la norma positiva no nos lleva directamente a una solución o es oscura o poco clara para el caso objeto de estudio, es preciso acudir a los referentes que fuera del sistema, pero permeándolo, se encuentran en él o se pueden traer a él.

Ahora bien, pasando a los hechos que dan lugar a la SU-640 de 1998, cuyo Magistrado Ponente también fue Eduardo Cifuentes, esta decisión surge con el propósito de unificar la jurisprudencia en torno al carácter de los periodos de los alcaldes y gobernadores. Así mismo, en ella, se evidencia la reiteración sobre la forma en que el “la actuación del Consejo Nacional Electoral configuraba “una clara usurpación de poder”, lo que constituía “otra razón para proceder a decretar la nulidad del acto administrativo acusado”, en lo referido a la ampliación del período de ejercicio del alcalde de Fresno” (CConst, 1998)⁸⁷. Los problemas jurídicos que surgirían de las situaciones descritas podrían entenderse de la siguiente forma: cómo se

⁸⁷ Es importante destacar que esta es una de las decisiones que evidencia el alcance de la teoría creada por el ex magistrado Eduardo Cifuentes sobre la vía de hecho.

determinan los periodos de los alcaldes y gobernadores y cuál es el límite del poder del Consejo Nacional Electoral en materia de determinación de los periodos de dichos funcionarios, que son elegidos popularmente.

Al respecto, el órgano manifiesta que la Corte Constitucional ha sido determinante en precisar que los períodos de los alcaldes y gobernadores son individuales, no institucionales y con carácter constitucional. Así mismo que al ser elegidos popularmente, si ocurre una vacancia absoluta, se debe convocar a nuevas elecciones o si los alcaldes o gobernadores son destituidos; por su parte, el periodo de quien sea nuevamente elegido se cuenta, a partir de su designación y de forma particular. Para la Corte, ésta es la única conclusión que permite armonizar los principios constitucionales de: autonomía de las entidades territoriales, de democracia participativa y soberanía popular y de elección directa de los mandatarios regionales y locales por las comunidades respectivas.

Para el tema que nos ocupa en todas las decisiones objeto de análisis en el presente capítulo, que gira en torno a establecer los elementos de derecho natural presentes en nuestro ordenamiento y en la Carta Política; tema que, no sobra recordar, se relaciona de manera inexorable con el carácter de las fuentes jurídicas, acoge la Corte, las siguientes palabras de Uprimny⁸⁸:

La Constitución Política se postula a sí misma como "norma de normas". El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores (Uprimny, 1998).

⁸⁸ Se acudió a la fuente principal de Uprimny citada, a su vez, por la Corte Constitucional.

Por su parte, la tarea del Tribunal Constitucional, establece la Corte en la decisión objeto de estudio - SU-640 de 1998 -, consiste en conservar la integridad y la supremacía de la Constitución. En esta medida, el rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional. En consecuencia, la voluntad normativa que se encuentra en la Constitución no puede precisarse al margen de la interpretación y esto mismo es lo que le da su alcance y permite hablar del *dios ilustrado* como parámetro que evidencia la posición constitucional de no neutralidad en temas de dios ni de moral.

Con esto en mente, resulta relevante señalar que esta labor interpretativa se puede actualizar históricamente con el propósito de entender correctamente el contenido de la Carta Política. Así, las sentencias de la Corte, constituyen, como señalan doctrinantes como Uprimny (CConst, 1998), derecho vivo, pues ofrecen la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe. Con respecto al carácter normativo y extra-normativo de sus preceptos, señala la Corporación que la interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, pero corresponde al Tribunal Constitucional actualizar su contenido en el espacio y en el tiempo; constituyendo entonces las sentencias que de él emanan, fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido.

La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico (CConst, 1998).

En el mismo sentido, la Corte explica cómo el carácter superior de la Constitución, hace que las decisiones de la Corte, sean incluso superiores a la ley, aunque es la misma ley la que evidencia su límite interpretativo y la Corte es guardiana de la Carta Política, tautología que explica cómo la supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. En relación con los principios que podrían dar supremacía e integridad de la Constitución, resulta relevante entender que no existen de forma autónoma,

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

pues para su realización efectiva depende de la función interpretativa de la Corte Constitucional, que resulta indispensable para su garantía y vigencia, conforme a lo que el órgano constitucional ha señalado al respecto.

Los principios a los que se hace referencia, es decir, los que propenden por la supremacía e integridad de la Constitución, se acompañan de una serie de mecanismos que conducen a asegurar la uniformidad de su interpretación. Entre ellos está la institución de la cosa juzgada constitucional, que garantiza el carácter general de las sentencias de inexequibilidad proferidas por el Tribunal Constitucional y que tienen efectos erga omnes; la cosa juzgada además es el parámetro para garantizar el estado de derecho y la seguridad jurídica que materializa la igualdad ante la ley. Por su parte, existe la posibilidad de revisión de las sentencias de tutela, que contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional sobre derechos fundamentales. En este campo, la revocación de las sentencias o actos de los jueces que resultan lesivos de los derechos fundamentales, como puede ocurrir en aplicación de la doctrina sobre las vías de hecho – que en materia constitucional, no es otra cosa que sobrepasar la cosa juzgada en aras de lograr la protección de un interés superior de carácter individual y estos intereses superiores son los derechos fundamentales⁸⁹ -, constituye un instrumento adecuado para garantizar la unidad interpretativa de la Constitución (CConst, 1998).

Por otro lado, la Corte en Sentencia SU-640 de 1998, retoma lo expresado en la Sentencia C-083 de 1995, al señalar que los vacíos normativos deben ser llenados por los jueces, para lo cual deben consultar las fuentes del derecho. La fuente de fuentes es la Constitución y la Constitución se desarrolla a través de las leyes. Así, sino se tiene una ley

⁸⁹ Afirmar que el principio constitucional que señala que el interés general prima sobre el particular no tiene carácter absoluto, que se deriva de lo mencionado en el análisis de la sentencia en estudio y de una interpretación de la Constitución de 1991, realizada por doctrinantes como Uprimny y Motta, mencionados a lo largo de la presente investigación, encuentra su sustento en la importancia que la Carta otorga a los derechos fundamentales que son los que permiten relativizar el primero, sin quitarle fuerza a la demanda del interés general.

concreta aparece de forma obligatoria como fuente, la interpretación que realice el Tribunal Constitucional sobre la norma suprema. Es decir, que a falta de ley que desarrolle la Constitución, se tendría que acudir, como fuente de derecho a la interpretación de la Corte, que como se viene afirmando es fuente obligatoria en materia constitucional y de derechos fundamentales y tiene que interpretar de forma uniforme y coherente el ordenamiento, pues su interpretación es la que permite articular las leyes con los mandatos superiores que otorga la Carta Política.

Lo que resulta interesante del análisis constitucional presentado en la decisión SU-640 de 1998 es entender que un órgano instituido por seres humanos que ejercen funciones como jueces constitucionales termina siendo el que otorga contenido y materializa en tiempo presente lo que dice la Constitución Política. Así mismo, que dichas decisiones cobran carácter obligatorio como fuente de derecho por el poder supremo de la propia Constitución. Esta conclusión, si bien no hace referencia al derecho natural, si permite ver cómo el derecho positivo se entrecruza con las decisiones de los jueces que tienen que fallar en derecho pero que interpretan dicho derecho; esta interpretación se legitima en la Constitución misma, aunque se base en parámetros extra-normativos y en apoyar y ponderar unos principios sobre otros, sobre todo cuando se trata de salvaguardar intereses individuales de carácter fundamental, siendo el carácter fundamental de los derechos el límite último de interpretación en materia constitucional y el fundamento del acá denominado *dios ilustrado*.

Pasando a la Sentencia C-486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes, la misma resulta de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por dos ciudadanos que consideraron varias normas del Código de Comercio como inconstitucionales, lo que da lugar a que el tribunal constitucional se pronuncie. Al respecto, los demandantes solicitaron

la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 410 de 1971, en su integridad, pues, en su concepto ha dejado de regir "por abrogación del constituyente". El fundamento de su cargo consiste en el hecho de que la expedición de una nueva Constitución, que expresamente declara derogada la anterior, "deja en el pasado lo pasado y sin vigencia

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad,
laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

lo transcurrido en ese período y se inicia una nueva era constitucional, ..." (CConst, 1993).

Para esta investigación y conforme a lo establecido por los demandantes, particularmente les interesaba la declaratoria de inconstitucionalidad de la costumbre comercial como fuente de derecho. En este contexto, destacan que, conforme a lo establecido en el artículo 230 de la CP de 1991, los jueces están sometidos al imperio de la ley y que pueden acudir a criterios auxiliares como

la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, en su función de administrar justicia. Consideran que la no inclusión de la costumbre mercantil como uno de aquellos criterios, equivale a su desconocimiento por parte de la Constitución, con lo que implica que los jueces están impedidos para utilizarla como fuente de derecho (CConst, 1993).

El problema jurídico que se deriva de esta decisión, y que concierne a esta investigación, es si la costumbre puede considerarse o no como fuente de derecho. En palabras de la Corte se estableció de la siguiente forma: ¿si el derecho que debe aplicar el juez se limita al que emana exclusivamente del legislador y que se presenta bajo la forma de "ley" luego de haberse surtido un procedimiento consciente y formalizado y, consiguientemente, si no puede ser tal el que se elabora como fruto de la costumbre de manera natural, informal, inconsciente, espontánea, impersonal y que hunde sus raíces en la tradición y de ella deriva su legitimidad?

Así pues, la Corte Constitucional establece que, si se acogiera el argumento presentado por los demandantes, se tendría que asumir que se abrogarían todas las leyes preconstitucionales, a partir del principio que establece que lo accesorio – la legislación – sigue la suerte de lo principal – la Constitución de 1886 y sus reformas-. Pese a ello, resultaba

fundamental establecer que, con la nueva Carta Política y conforme a lo establecido en el artículo 380, se hacía imperativo derogar la Carta de 1886, pero esto no afectaba, per se,

la legislación preconstitucional, que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional. Es así como el artículo 4º de la CP ordena que, en caso de incompatibilidad entre la Carta y la ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, dado su carácter de norma superior (CConst, 1993)

Retomando lo establecido en otras decisiones, la Corte señala que ya había expresado la regla de subsistencia de la legislación preexistente, que sólo se consideraría derogada, tras un examen de constitucionalidad que evidenciara un caso de incompatibilidad real, una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Lo cual, en palabras del órgano, ilustra cómo el artículo 9º de la Ley 153 de 1987, ha resistido airoso el transcurso del tiempo y resuelve problemas derogados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu.

En relación con la costumbre, la Corte explica porqué la misma puede y debe entenderse como fuente de derecho. Así mismo, aclara el alcance de la independencia judicial y el marco de acción de los criterios extra-normativos para entender y darle vida al derecho, evidenciando una vez más el rol del derecho natural en nuestra Carta Política. Establece la Corte que no se puede excluir la costumbre ni nacional, ni local ni internacional pues es un criterio fundamental que habla de una determinada práctica social, que no se puede desconocer y que muchas veces ha sido incorporada por la ley. Acerca de la legislación mercantil, menciona la Corte que

en buena parte responde a la codificación de la costumbre mercantil que, así, ha ganado más estabilidad y generalidad (...) De otra parte, sería inconveniente e impensable imponer una veda semejante a esta actividad que, como manifestación de

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad,
laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

la cultura de un pueblo, debe consultar sus hábitos, creencias y valores, casi siempre encarnados en sus costumbres y tradiciones.

(...)

Si el antecedente inmediato de una determinada ley puede estar constituido por una práctica social desarrollada como costumbre, su interpretación y aplicación por el juez, de presentarse dificultades cognoscitivas sobre su correcta inteligencia, no puede realizarse sin adentrarse en el conocimiento de dicha práctica y de los comportamientos que la integran. Muchas veces, por ello, puede ser relevante apelar a la costumbre para aprehender la esencia misma de la ley. (...) Si en esta situación se negare la invocación de la costumbre como medio cognitivo, se arriesgaría la cabal y justa aplicación de la ley (CConst, 1993).

Por su parte, señala la Corte que la costumbre puede llegar a ser considerada como fuente material o cognitiva de la actividad del legislador al hacer las leyes y del juez al proferir sus decisiones. Incluso, aclara que los criterios auxiliares, que menciona el artículo 230 de la Constitución y entre los que se encuentra la costumbre, no evitan su uso en materias que lo requieren, llegando a poder considerarse como fuentes directas y principales de las providencias judiciales.

En el mismo sentido, establece el Tribunal Constitucional que no es posible entender que el universo de las fuentes del derecho, se limita a la ley entendida formalmente y al respecto señala que sería un contra-sentido, incluso para valorar la Constitución como norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley. Así mismo, expone otros ejemplos como el de los derechos fundamentales de aplicación inmediata pues requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) y señala que los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesiéndolo, podrían ser dejados de lado por los jueces.

Además, dicha formalidad impediría aplicar el bloque de constitucionalidad, pues no podrían ser reconocidos los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana (CP art. 94). Todo esto evidencia que el ordenamiento jurídico no es una norma específica ni un conjunto de leyes, sino que está conformado además por principios y valores de carácter extra-normativo, por el bloque constitucional en el caso colombiano y por apuestas con contenido moral, como la que se deriva del *dios ilustrado*.

En este contexto, la Corte Constitucional deja claro, que las fuentes jurídicas y en consecuencia, la creación del derecho, no proviene únicamente de la ley sino de criterios que están por fuera del derecho y que hacen parte esencial de la vida en comunidad. Así,

la costumbre, siendo un elemento imprescindible de la cultura de un pueblo puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico. (...) Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal - ley escrita - como informal - costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): "(...) De ahí que, aún cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo, todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu (CConst, 1993).

En este marco de ideas, conforme a lo establecido por la Corte, la juridicidad de la costumbre no proviene de la ley, sino de la "creencia arraigada sobre la obligatoriedad del comportamiento que ella indica (opinio iuris et necessitatis) y la consecuencia jurídica negativa que acompaña a su inobservancia" (CConst, 1993). En consecuencia, la costumbre es

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad,
laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

derecho si recae en un ámbito de la vida que sea relevante jurídicamente, es decir, que pueda estar sujeto a una sanción de carácter normativo. Sin dejar de lado lo anterior, también es preciso considerar, como lo hace la Corte que

La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad (CConst, 2015a).

Ahora bien, pasando a la independencia judicial, señala la Corporación que el imperio de la ley somete a los jueces, en el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado, sujetando su actividad, únicamente al ordenamiento jurídico que emana de la Constitución, a sus principios y a sus valores superiores, que se aplican al caso concreto en términos de verdad y de justicia. En otras palabras, para la Corte el ordenamiento jurídico no es autosuficiente ni se encuentra auto-contenido pues requiere de parámetros adicionales a la ley para poder entender su alcance. Por su parte, la Constitución para irradiar por completo al sistema normativo requiere ser interpretada a la luz de principios, valores y a partir de una concepción de verdad y justicia desde la situación específica que se está estudiando.

Como se deriva del análisis realizado sobre la costumbre, en el ordenamiento jurídico colombiano la ley no es ni podría ser entendida como la única fuente jurídica ni como el único criterio para legitimar un escenario con repercusiones jurídicas. Así, la adjudicación constitucional que se deriva de los argumentos planteados permite entender la costumbre como fuente de derecho y como una práctica social y aceptada que genera consecuencias en el mundo del derecho.

En el plano comercial, objeto de estudio particular en la Sentencia examinada, está además consagrada en la ley con carácter de fuente y en la Constitución como criterio auxiliar de interpretación que como manifiesta el Tribunal Constitucional, podría ser asumida como criterio principal. Resulta relevante señalar que la Corporación entiende que el derecho no surge únicamente del derecho mismo ni de la ley formalmente entendida en sentido material y desde el derecho positivo, sino que la Corte le adjudica valor normativo a las prácticas sociales y a elementos supra-normativos, mostrándonos con esto que el derecho natural, acá derivado de las prácticas sociales fuera del ordenamiento pueden ser consideradas como derecho.

Ese grupo de concepciones extra-normativas del derecho natural provienen, para efectos de la presente investigación del *dios ilustrado*. Por todo lo anterior y aunque no es el caso concreto de las creencias religiosas, si es posible afirmar que nuestro derecho constitucional no desconoce que las creencias y los valores sociales que se concretan en prácticas están presentes en la construcción ordinaria del derecho. Por esto nuestra Carta Política no es una norma de normas laica, ajena a estos valores y creencias, sino que al responder a la realidad social que la rodea está permeada por valores y creencias cotidianas que son las que enmarcan nuestra cultura jurídica, una cultura propia de un *dios ilustrado* por los derechos fundamentales y por ideas de justicia basadas en la dignidad humana.

Ahora bien, pasando a la Sentencia C-284 de 2015 que tuvo como Magistrado Ponente a Mauricio González, en esta decisión la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del artículo 4o de la Ley 153 de 1887, “por la cual se adiciona y reforman los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, que sobre las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos”. También se estudia el alcance de la doctrina constitucional entendida como norma para interpretar las leyes.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad,
laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

El demandante menciona, entre otras cosas, que es preciso diferenciar el derecho positivo del derecho natural, citando a Norberto Bobbio y estableciendo que “una norma es jurídicamente válida si ha sido expedida por el órgano competente y de acuerdo con los requisitos establecidos por una norma jurídica previa”(CConst, 2015a) . Por esto, el Estado de Derecho reivindicó la importancia del principio de legalidad para que los jueces ajusten todas sus decisiones a la Ley, y así, lo justo o injusto depende de las normas establecidas en el ordenamiento. En el mismo sentido, señaló que conforme a lo establecido sobre las fuentes del derecho en el artículo 230 de la Carta, no es posible que el juez pueda apoyarse en criterios subjetivos como lo es el derecho natural. Desde su perspectiva, debería acudir a los criterios principales y auxiliares que fija la referida disposición. Dichos criterios, a diferencia de lo que ocurre con el derecho natural, ofrecen pautas de interpretación objetivas.

En palabras de la Corte, la pretensión del demandante se fundamenta en que la expresión “*Los principios de derecho natural*”:

(i) desconoce el artículo 4º de la Constitución al permitir que el derecho natural se imponga sobre la Carta vulnerando su supremacía; (ii) desconoce el artículo 230 superior al autorizar el empleo de un criterio auxiliar de la actividad judicial que no se encuentra allí previsto; y (iii) desconoce los artículos 1 y 13 de la Constitución dado que la indeterminación de los principios del derecho natural permite que las autoridades judiciales interpreten tal expresión de manera subjetiva y cambiante, afectando por esa vía la seguridad jurídica y el mandato de trato igual (CConst, 2015a).

En este contexto, la Corte Constitucional estableció dos problemas jurídicos a seguir:

1. Establecer si la expresión demandada, al reconocer los “*principios de derecho natural*” como criterio para fijar el sentido de la Constitución en casos dudosos, desconoce el artículo 230 de la Carta en el que se enuncian las fuentes del derecho colombiano y los criterios de la actividad judicial, sin que éste haga referencia alguna a tal clase de principios y
2. Determinar si la expresión demandada, al reconocer los principios de derecho natural como criterio para fijar el sentido de la Constitución en casos dudosos, vulnera los artículos 1º y 13 de la Constitución

en tanto el carácter indeterminado de esa expresión (i) impide identificar previamente las normas que emplearán las autoridades judiciales afectando con ello la seguridad jurídica y (ii) propiciando que casos iguales sean resueltos de diferente manera (CConst, 2015a).

Al respecto concluye el Tribunal Constitucional que la norma parcialmente acusada habla de dos recursos a los que puede acudir el juez para aclarar el significado de la Constitución: uno de ellos es el conjunto de *principios del derecho natural*. Estos sirven, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, para enfrentar incertidumbres insuperables sobre el significado de la Carta. En otras palabras, su función es exclusivamente interpretativa; por oposición a una labor integradora y en ningún caso, los principios, podrían desplazar normas constitucionales. En consecuencia,

el empleo de los principios que conforman el derecho natural procederá (a) solo en eventos excepcionales en los que el alcance de los enunciados constitucionales no puede fijarse a partir de los métodos reconocidos para su interpretación y (b) únicamente con el objeto de orientar o aclarar –ilustrar– el sentido de los artículos de la Constitución en el evento de dudas insuperables, nunca para fijarlo (CConst, 2015a).

Con esta interpretación, la Corte limita el alcance que en decisiones previas había dado a los principios, particularmente aquellos del derecho natural⁹⁰, aunque no deslegitima su carácter como fuente auxiliar de derecho. Para sustentar lo anterior, la Corte en esta oportunidad trae a colación a expertos que hablan sobre el alcance de la norma y que coinciden en afirmar que los principios del derecho natural sirven para aclarar normas cuyo significado resulta oscuro o dudoso. Así, establece la Corte que

constituye una especie de “positivización” o reconocimiento legislativo de los principios de derecho natural, como recurso legítimo para aclarar u orientar el sentido de la Constitución, cuando quiera que los métodos principales para la comprensión de sus disposiciones no sean suficientes (CConst, 2015a).

⁹⁰ La pregunta que surgiría es si existen principios por fuera del derecho natural.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Concluye la Corte que, el reconocimiento de los principios del derecho natural como criterio para ilustrar la Constitución en casos dudosos no desconoce el mandato de promover la seguridad jurídica ni la obligación de las autoridades de otorgar el mismo trato, dado que no supone un riesgo extraordinario de indeterminación o inestabilidad de la interpretación de la Carta. Entonces, no se podría afirmar que hay una norma que asuma la prevalencia de los principios del derecho natural respecto de las normas constitucionales interpretadas. Señala la Corte que su función es interpretativa –y solo si dicho problema de interpretación ya existía previamente-, subordinada y auxiliar en el sistema de fuentes.

Además, señala la Corporación, el margen para la identificación de principios de derecho natural se encuentra limitado por la carga de argumentación – que exige fundamentar la existencia y pertinencia del principio y evidenciar que el mismo ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia -. Por otro lado, es fundamental mencionar que remitirse a estos principios tiene como propósito exclusivo llegar a una solución razonable y proporcionada que, al hacer tránsito a cosa juzgada, permita que la decisión se integre al conjunto de precedentes judiciales. También establece que la interpretación establecida corresponde a la calificación que la Carta hace de los principios generales como criterio auxiliar de la actividad judicial.

En términos interpretativos, manifiesta la Corte que el uso de los principios de derecho natural solo puede ocurrir cuando ya se haya hecho uso de los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos utilizados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, y, aun así, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación. Tampoco podrían ir en contra de normas formalmente incorporadas a la Carta o integradas al bloque de constitucionalidad.

De todo lo anterior, se deriva, para efectos del propósito de esta investigación, que el Tribunal Constitucional reconoce la existencia y el reconocimiento de principios de derecho natural, así como el rol que pueden llegar a jugar en el proceso de interpretación y de construcción jurisprudencial. En otras palabras, nuestro derecho constitucional no desconoce

el derecho natural ni su existencia como criterio extra sistemático presente en el ordenamiento jurídico. Ello no impide afirmar, como lo hace la Corte, que los mismos no son considerados como fuente normativa ni interpretativa principal.

Es claro, entonces, que el rol de los principios de derecho natural, conforme a esta decisión es auxiliar y secundario y que su uso requiere no solo de una realidad interpretativa que resulta insalvable - a través de otras estrategias y marcos de referencia, incluso aquellos establecidos como criterios auxiliares en el artículo 230 y en la Ley 153 de 1887 -, sino que requiere de un proceso de argumentación que permita fundamentar su uso de para encontrar una decisión justa y razonable. Así, los valores y creencias de carácter supra-normativo son parte de nuestra realidad jurídica y tienen un peso fundamental, que puede además tener mayor relevancia cuando se acompaña de costumbres que pueden llegar a ser entendidas como fuentes de derecho e interpretación.

Para concluir este acápite, tenemos pues que a partir de las decisiones estudiadas es posible afirmar que la Corte Constitucional, en su desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la Constitución y particularmente sobre el rol de los principios, los valores y las fuentes del derecho, reconoce la presencia del derecho natural. Este es pues el paradigma de adjudicación en un estado cuya fuente principal es y sigue siendo el derecho positivo, la ley válidamente creada y jurídicamente constituida. Sin embargo, el rol del derecho natural oscila y se transforma, pues en las decisiones anteriores al 2015 era mucho más fuerte su reconocimiento.

En la última decisión estudiada, de 2015, éste se limita a su consideración como fuente auxiliar, pero es claro que para entender el alcance de la Constitución es imposible no acudir en ciertas situaciones a criterios de derecho natural. Adicionalmente, en ninguna decisión es posible asumir la inexistencia de criterios extra-sistémicos que son los que permiten entender el discurso de los derechos fundamentales e integrar otros derechos en dicha categoría por los valores que hacen parte de ellos y las circunstancias que los rodean.

En efecto, resulta incluso pertinente asumir que la argumentación es en si misma un recurso interpretativo, que no solo le da vida al *dios ilustrado*, que evidencia la apuesta

constitucional pluri-religiosa, por oposición a una de carácter laico, sino que es la que da contenido a las normas abiertas y flexibles que caracterizan las constituciones. De otra forma, las cartas políticas serían letra muerta y no podrían adaptarse a la realidad del mundo de la razón y a la realidad histórica.

Ahora bien, dónde se ubica el *dios ilustrado* en todo este discurso. Como se viene señalando su rol está consagrado en la Constitución y en esta medida es derecho positivo, pero su fuerza y su desarrollo surge en todos estos lugares en donde las normas no son suficientes ni hablan por si solas, teniendo este dios como marco los derechos fundamentales y la dignidad humana que son los que hacen de él no una divinidad perteneciente a una religión sino una posibilidad de aceptar la diversidad y de reconocer la no neutralidad, que desde lo sagrado caracteriza a nuestra Carta Política.

5.4.5. Los modelos de adjudicación constitucional y propuestas constitucionales: perspectivas teóricas

En el presente acápite se analizarán los modelos de adjudicación constitucional presentes en nuestra Carta Política, a partir de dos aproximaciones teóricas: la que presenta Cristina Mottaen un capítulo de su autoría que se encuentra en el libro titulado *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática* (Motta, 1995). En este plantea la fragilidad del proyecto moral moderno y en consecuencia de toda iniciativa común. Señala que es en este marco analítico desde el que se debe partir para entender las dificultades conceptuales que se derivan de la transición del Estado liberal, que surge, conforme a lo planteado por la autora, con la Constitución de 1991.

La otra la presentan tanto Francisco Leal como Luis Javier Orjuela. Del primero de estos autores se puede inferir la existencia de dos realidades, una que cuenta con un poderoso marco normativo, la Constitución que además cuenta con una amplia carta de derechos y otra que reafirma el relevo de las élites, que en Colombia culmina con la aceptación del narcotráfico y paramilitarismo como una perspectiva social legitimada. Así pues, las élites y su relevo

muestran a Colombia como una sociedad que se debate entre la democratización y una fuerza política y de poder que pretende conservar un estatus quo profundamente anti-democrático e inequitativo, en donde pese a procesos de transformación y modernización se conserva la concentración de la riqueza y del ingreso. Por su parte, Luis Javier Orjuela, plantea, de forma consistente con el argumento de Leal, que la reforma constitucional de 1991, el *acontecimiento* escogido como hito del presente trabajo y que permite hablar de la constitución creyente de 1886 y de la posibilidad de mirar la nueva carta política una nueva constitución creyente, surgieron diferentes aproximaciones societales.

Así pues, para Motta, la controversia se enmarca en una discusión tanto ética como jurídica que envuelve al concepto de interés público, que si bien no sufrió cambios en su formulación con la Carta de 1991, si exige parámetros de interpretación diferentes, particularmente en lo que concierne a la línea entre público y privado, al alcance de los derechos fundamentales y a la reformulación de valores como la igualdad y la libertad (C. Motta, 1995, p.210).

En este contexto, la Carta de 1886 refleja un espíritu formalista que permitía que el interés público fuera equiparable al de ciertos grupos, mientras que la Asamblea Nacional Constituyente con la amplia consagración de derechos que logró incorporar a la Constitución, aspira que el interés general se convierta en un escenario de realización efectiva de los derechos de todos los ciudadanos, teniendo entonces dos posibilidades: que el interés general sea dotado de sentido mediante el proyecto social que permea la Carta Política, o que pierda "(...) su valor normativo frente a la importancia y eficacia de los derechos individuales y sociales consagrados" (C. Motta, 1995, p.211). De esta forma, el interés público, desde el proyecto constitucional de la Carta de 1991, solo tiene sentido si con el mismo se abre un escenario para la materialización de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido, la autora recuerda que el análisis sobre el interés público se debate entre dos propuestas: la del individualismo liberal y la del comunitarismo. Desde la

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

primera perspectiva los entes colectivos no pueden entenderse como entes morales, cualidad que solo poseen los individuos y así, el interés general es el interés de los individuos que conforman la sociedad. Desde esta visión existe una clara división entre lo público y lo privado, que deriva en el presupuesto que asume que el individuo es capaz de definirse a sí mismo y de definir sus intereses. Así, el interés general se construiría a partir de un procedimiento formal, donde los individuos concilian sus intereses frente a un interés universal o gracias a una mano invisible, que logra el bien público, aplicando el principio general del utilitarismo. Los dos ejemplos más claros y que ilustran las dos estrategias mencionadas son respectivamente, la revolución francesa y la norteamericana.

Por su parte, desde el comunitarismo existe una reticencia a aceptar la maximización de lo particular para alcanzar lo general y un escepticismo frente a la autolimitación para crear lo colectivo. En efecto, desde esta perspectiva se considera que los entes colectivos son instancias totalizadoras capaces de superar los intereses particulares y configurar un “interés diferente, superior y anterior al de los individuos que lo conforman” (C. Motta, 1995, p. 213) y asume, en consecuencia, una inseparable conexión entre los valores individuales y los fines colectivos.

Una de las diferencias entre las dos posiciones, señala la autora, se presenta en la definición de la persona moral. Para el individualismo, un interés es moralmente relevante sólo si es el interés de un ser autónomo, persona moral capaz de actuar conforme a las leyes universales. En este contexto, la Constitución Política de 1991 asume una vertiente ética, que resulta relevante para sostener la mirada escéptica frente a la laicidad del Estado colombiano. A esta vertiente la considera híbrida, políticamente la ubica en el liberalismo social y constitucionalmente en el Estado social de derecho. En consecuencia, en la Constitución de 1991 no cabe la idea de un interés general abstracto e independiente a los intereses de los individuos pero tampoco un individuo que se refugia en intereses particulares y que no puede recoger intereses distintos a los propios (C. Motta, 1995).

Ahora bien, para pasar a entender, a partir de la anterior reconstrucción teórica los modelos de adjudicación constitucionales, es importante tener en cuenta que, para la autora:

Rawls y Dworkin son referentes obligatorios para comprender las bases teóricas de un liberalismo social que busca garantizar los principios de justicia mediante la incorporación en el ordenamiento constitucional de un triunfo en cabeza de los individuos: los derechos fundamentales (C. Motta, 1995, p. 220).

Así, conforme a lo expuesto por Motta, la Constitución opta por el liberalismo social, desde la democracia liberal y sitúa el acento en los derechos individuales y colectivos. Al respecto, concluye que “Si el Estado social es un espacio de mediación entre un férreo liberalismo y una apertura a la democracia social, la Corte Constitucional refleja en sus decisiones esta pugna ideológica” (C. Motta, 1995, p.233).

Pero ¿cómo llega a esta conclusión? Primero, en la Carta de 1991, el papel del Estado es renovado y dirigido a la consecución de fines sociales y a la reducción de esferas de autorregulación social características del Estado liberal. Con esto asume una de las características más fuertes del Estado social: la realización material de los valores y libertades individuales. En este sentido, habría que decir que la libertad, no se agota en la enunciación formal, sino que se realiza en la participación ciudadana y en la búsqueda de condiciones materiales para hacer efectivos los derechos individuales. Y son precisamente estas precisiones, las que llevan a la autora a plantear el proyecto ético del Estado social, que para efectos de la presente tesis doctoral, estaría precisamente en el alcance, en términos de valores, que se le da a las libertades individuales y que derivará en entenderlas como un proyecto que sin ser confesional ni laico es de carácter pluri-religioso, y que, en todo caso tiene unas raíces en el derecho natural.

En palabras de Motta, el proyecto ético que propone la Constitución de 1991 no se limita a la dicotomía entre lo público y privado en términos del comunitarismo ni del liberalismo, sino a entender que la vida privada no transcurre en un camino diferente al de la vida pública.

Así, para hablar de libertad hay que hablar de igualdad y entender que la realización del individuo ocurre desde el interés colectivo (C. Motta, 1995). En este contexto, la Corte Constitucional transforma la manera de interpretar la Carta Política, pues ya no puede limitarse a entender el interés general en un sentido formal y unívoco y por esto requiere interpretar realizando una tarea argumentativa y para construir estos argumentos requiere tanto de los criterios normativos que se encuentran de forma explícita en la norma como de otros, que no necesariamente se encuentran allí, como los que se derivan de la propuesta pluri-religiosa, del *dios ilustrado* y del derecho natural.

Bajo este contexto, Motta revisa algunas decisiones de la Corte Constitucional para presentar los modelos de adjudicación constitucional desde la idea de interés general vs. interés individual, que resultan en posiciones éticas opuestas y en disputa, que se reflejan de forma antagónica en la Carta Política. Al respecto, habría que tener en cuenta que, incluso recogiendo la fórmula de la Constitución de 1886 que diría que el artículo 1 habla de la prevalencia del interés general sobre el particular; e intentando entender estos conceptos como vacíos y no susceptibles de interpretación, desde la Carta de 1991, sólo se pueden asumir de forma tal, que el “interés general en el Estado social deja de ser una idea moral capaz de primar sobre cualquier otro interés por legítimo que éste sea” y de hecho, estaría constituido por “[l]a multiplicidad de intereses personales, grupales e institucionales, que, no son, (...) subordinables sistemáticamente al interés general (C. Motta, 1995, p. 223). Por supuesto, esta interpretación estaría limitada a la carta de derechos fundamentales, de lo contrario el interés general desaparecería.

En todo caso, retomando las formas de adjudicación constitucional, la autora señala que la Corte se ha debatido entre dos planteamientos:

- A. El reconocimiento del interés general no como un concepto vacío que prevalece per se, sino como uno que requiere interpretación y que está sujeto a su ponderación

desde los derechos fundamentales y particularmente, a partir de la idea de la escisión entre libertad e igualdad⁹¹.

B. La inamovilidad del interés general que se deriva de las interpretaciones propias de la Carta de 1886.

Así, identifica la autora tres tipos de fallos, que serían sus tres modelos de adjudicación, aunque los mismos podrían articularse entre ellos y generar formas intermedias:

- Liberal escéptico.

Desde el que se desarrollan las ideas del liberalismo igualitario y se reafirma el privilegio de los derechos fundamentales. Al respecto menciona la Sentencia T-403 de 1992, del Magistrado Eduardo Cifuentes que ya se analizó en el acápite precedente, en donde se destaca que la idea de que el interés general prima sobre el particular no puede convertirse en el camino para desconocer los derechos individuales ni para vulnerar a las minorías. En este mismo escenario, el entonces Magistrado Carlos Gaviria, en Sentencia C-221 de 1994, desarrolla un concepto de interés general, que se relaciona estrechamente con la idea de justicia, que para el caso específico, se sustenta en los derechos fundamentales y en la autonomía personal. De estos fallos, se derivan, conforme a la autora dos pilares del liberalismo igualitario: la igualdad de oportunidades y la tolerancia: “Si el derecho respeta las opciones personales, el derecho respeta la igualdad de circunstancias” (C. Motta, 1995, p.225).

- Dogmatismo colectivista.

Éste se sustenta en ideas tradicionales, de orden religioso y secularizado, para aproximarse al bien común. En estas decisiones, prevalece la prevalencia – la redundancia es

⁹¹ Esta perspectiva es consistente con la de Uprimny sobre el mismo punto y que se desarrollo previamente en el presente texto.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

intencional – del interés general sobre el particular. Se asume una visión del bien común *a priori*, trascendente, con contenido predeterminado y que se concreta con la acción social. Desde esta aproximación se identifica el interés general con el bien común, que pretende además, contar con una idea omnicomprensiva del bien, con comprensión ética de origen kantiano pero con concepciones sustantivas sobre la forma de entenderlo. Crítica la autora de esta posición que la identificación del bien con el interés general, termina incurriendo en el mayor problema del utilitarismo; siendo éste, la cosificación del ser humano.

Entre las decisiones que desde esta perspectiva menciona la autora, está el salvamento de voto a la Sentencia 542 de 1993 del Magistrado Vladimiro Naranjo y el salvamento de voto a la Sentencia C-221 de 1994 de los Magistrados José Gregorio Hernández, Hernando Herrera, Fabio Morón y Vladimiro Naranjo. Estos salvamentos de voto son frente a la constitucionalidad de la ley anti-secuestro y frente a la despenalización de la dosis personal y el problema que plantean, conforme a la autora, es que de sus planteamientos se deriva un desconocimiento frente a la posibilidad de que un individuo pueda escoger una opción de vida que sea contraria a una idea de bien común, que puede ser incluso la de la inmensa mayoría, “sólo porque cre[e]n que las convicciones éticas en que se sustenta esa vida son incorrectas” (Leal Buitrago, 2007).

También señala la autora que estas perspectivas podrían dejar de entender la Constitución de 1991 como un espacio de mediación entre el extremo individualista en donde resulta imposible concretar cualquier idea de justicia social y el extremo colectivista, que no tiene en consideración el espacio de decisiones individuales autónomas, que es el que posibilita evitar el totalitarismo.

Colectivismo silogístico.

En esta posición subyacen decisiones de un grupo de magistrados que han resuelto los conflictos del interés general con los derechos particulares, a partir de una interpretación exegética y con la aplicación silogística del artículo 1 de la Carta Política. Se aplica entonces de forma literal lo señalado en dicho artículo, es decir la prevalencia del interés general sobre el particular. Desde esta perspectiva se traen a colación elementos de análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, bajo la Carta de 1886, dejando de lado el espacio normativo de los derechos y la necesidad de fallar en coherencia con ellos, que abre la nueva Constitución.

Con lo anterior en mente, la autora establece que es fundamental que con la Constitución de 1991, se fijaran prioridades éticas para que los jueces constitucionales pudieran edificar una ética pública, con sustento en la justicia material. En concreto, la Constitución de 1991, propone una perspectiva que implica reformular los valores que definen la relación entre el individuo y la colectividad, es decir, su carácter pluralista y participativo, que implica que no sólo la mayoría numérica sino cualquier individuo puede representar el interés general, y cuando hay varios intereses colectivos en juego, se tendría que pasar a realizar un ejercicio de ponderación con el propósito de priorizar, para aplicar la idea de entender la Constitución como una norma con textura abierta. Este planteamiento abre el escenario para que se entienda la Carta como una constitución pluri-religiosa no laica pues esta idea de ética pública basada en la justicia material y en los derechos fundamentales, requiere incorporar diferentes miradas del mundo que, por supuesto, haciendo alusión el *dios ilustrado* y plural de nuestra Carta no puede ser indiferente frente a estas miradas morales ni frente a los valores que conllevan.

Ahora bien, pasando a la segunda perspectiva teórica enunciada al inicio del acápite, señala Francisco Leal que la lucha de las élites por mantener el estatus-quo en Colombia, se une a la debilidad política del Estado, dando lugar a una cultura del incumplimiento de normas, como la denomina Mauricio García Villegas (Leal Buitrago, 2007), que deriva en una insuficiencia en la democracia liberal.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

En efecto, de lo planteado por el autor se podría inferir que con la Constitución de 1991 nada cambió realmente; o que si cambio fue sobretodo en el papel. Si bien ya no se trataba de la crisis de la representación del bipartidismo, expresada en la terminación del Frente Nacional, la fragmentación interna de los partidos y el clientelismo; si se trataba de élites regionales que reproducían lo vivido en el plano nacional, pero desde la descentralización y la elección popular de alcaldes, que además y esto si fue nuevo, estuvo permeada por el narcotráfico y el paramilitarismo, que, conforme a lo establecido por el autor,

fracasó, al inicio del siglo XXI, en la medida en que las FARC mantuvieron su fortaleza y el paramilitarismo fue controlado por empresarios ilegales que aprovecharon la debilidad del Estado, la apertura económica y la globalización para enriquecerse sobre la base del narcotráfico, que fue sobrepasado sin que se le abandonara. (Leal Buitrago, 2007).

No sobra resaltar que para el autor después de lo ocurrido en los ochentas y de la consolidación del proceso de reforma constitucional, surgió un nuevo proyecto político, cuyo objetivo estaba dirigido a controlar al Estado. La concreción de dicho proyecto se presentó a partir de la negociación del gobierno con los paramilitares, que tuvo lugar durante la administración del ex presidente Álvaro Uribe Vélez y que culminó con su desmovilización. Así mismo, para viabilizar este proceso como otros relacionados con las víctimas y sus derechos, surge un marco regulatorio que termina con la Ley de Justicia y Paz. Para Leal de este proceso de desmovilización paramilitar derivó un *nuevo relevo de las élites políticas*, que se sustenta en la legitimación de la ilegalidad y de la criminalidad que, en el caso colombiano, logró producir una institucionalidad paralela que rompió los frágiles patrones morales de los ciudadanos y reforzó las estructuras depredadoras como lo plantea Orjuela (Orjuela, 2003)⁹².

⁹² Orjuela señala que, para debilitar la propuesta es preciso Su debilitamiento, requiere, conforme a lo planteado por el autor, de un fortalecimiento al respeto por la institucionalidad del país; la prohibición de la reelección presidencial inmediata; la viabilización de la reforma política que inició en el 2003 con normas y leyes que la

Por otro lado, si bien no es clara la relación del proyecto político y social de carácter mafioso y paramilitar que menciona Leal, con la confesionalidad o laicidad de la Carta Política, si es posible inferir que este proyecto, si se puede llamar así, se sustenta en la presencia de redes de solidaridad entre sus miembros y en procesos de afiliación a redes delictivas; incoherentes con aquellos que pretenden materializar los derechos fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos y con aquellos que quieren darle contenido sustancial al interés general. Paradójicamente y pese a su carácter ilegal, estos proyectos tienen un andamiaje moral muy fuerte y en este sentido – solo en este –, resultan similares a los que se derivan de creencias religiosas muy arraigadas, pues solo se oyen entre ellos, resultando en propuestas profundamente excluyentes. Con respecto al paramilitarismo señala Leal que del mismo

surgieron redes regionales que imponen, mediante la violencia, ofertas de seguridad y capturan excedentes económicos, en un proceso que va de la periferia al centro de la economía. Es la transformación de empresarios ilegales en mafias, que son formas sofisticadas de crimen organizado (Leal Buitrago, 2007).

Vale la pena resaltar que a partir de la propuesta de modelos societales de Orujela con el análisis respectivo de Leal, se puede afirmar que en un contexto como el colombiano pueden coexistir apuestas sociales antagónicas: por un lado, está el paramilitarismo derrumbado y reconstruido en *Grupos Armados Organizados* y *Grupos Delincuenciales Organizados*⁹³ y por el otro, un proceso de paz con las Farc, con un fuerte contenido social, y con la consecuente búsqueda de reconocimiento de los derechos de las víctimas. De esta forma y teniendo en cuenta que la realidad colombiana es dinámica y contiene un diverso contenido violento que le ayuda a cambiar de formas y a reafirmar ciertas características, se

desarrollen, la complementen y la refuercen; la incorporación de una reforma del sistema electoral y finalmente, la búsqueda de un sistema de partidos funcional y eficiente.

⁹³ Al respecto ver la Directiva Permanente No. 15 de 22 de abril (Ministerio de Defensa Nacional) (Ministerio de Defensa, 2016)

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

hace posible inferir diferentes proyectos de sociedad que surgen como consecuencia del *acontecimiento* que fue la Constitución de 1991.

En igual sentido, el estudio de Orjuela sirve para afianzar los planteamientos sobre la adjudicación constitucional que deriva de las decisiones jurisprudenciales estudiadas en el presente texto y de los modelos constitucionales planteados por Cristina Motta, que permiten afirmar que la Constitución colombiana está permeada por el derecho natural y que esta situación se hace aún más tangible en los casos del matrimonio igualitario y de la adopción igualitaria. Sobre esta última, vale la pena señalar que aunque el proyecto para prohibirla y que fue presentado por la congresista Viviane Morales no haya prosperado en la Comisión Primera de la Cámara y se hubiera archivado en mayo de 2017, deja claro que las mayorías cristianas tienen gran poder de movilización que evidencia la tensión entre una apuesta, que pretende ser constitucional, de carácter confesional y otra laica⁹⁴.

Retomando la idea de los diversos proyectos societales, para Orjuela, se presentan dos que aparecen en un mismo momento histórico: el proyecto que se deriva propiamente de la Constitución de 1991, que avala y apela por la garantía de los derechos fundamentales y de principios como la dignidad humana; y el proyecto de reestructuración neoliberal. El primero, conforme a lo establecido por el autor tiene la pretensión de ser democratizante e inclusivo y el segundo, se caracteriza por ser antidemocrático y excluyente (Orjuela, 1998); el primero tenía como propósito la reestructuración del Estado, su fortalecimiento y legitimación y el segundo, que hacía tránsito desde una economía cuyo énfasis estaba en el desarrollo del

⁹⁴ En este caso se hace tangible la pugna entre el sentir popular y la necesidad de proteger la Constitución. En términos políticos, la Revista Semana en su edición virtual del 11 de mayo de 2017 publicó una reseña de lo ocurrido en el Congreso. Así, señaló que la Comisión Primera de la Cámara archivó el proyecto para que los colombianos decidieran sobre la adopción. Necesitaba 18 votos, pero solo alcanzó 12. Cuando el [referendo de adopción](#) pasó por el Senado, todos se aventuraban a pronosticar que pasaría con una amplia mayoría, como en efecto sucedió y en la última semana, la posibilidad de que los colombianos pudieran decidir en las urnas cuál era la familia “óptima” para adoptar a los niños abandonados generó una de las más grandes pujas de poder y de opinión que se hayan visto en tiempos recientes. Finalmente, la votación fue contundente: 12 por el Sí, y 20 por el No (Revista Semana, 2017).

mercado interno y en la industrialización con sustitución de importaciones, hacia un modelo de apertura e internacionalización de la economía (Orjuela, 1998).

Estos dos proyectos societales chocan y se entrecruzan desde la década de 1990 hasta la actualidad, y cobran vigencia, aún más, en medio de la implementación del proceso de paz que vivió Colombia desde finales de 2016 y que ahora se ha transformado en el proceso de concreción de los acuerdos. En efecto, se comparte lo establecido por el autor cuando señala que los dos proyectos están en constante tensión e interacción paralela, y que ninguno ha logrado imponerse.

Adicionalmente señala Orjuela, para pensar en estos proyectos, es preciso tener en consideración la debilidad del estado y las tensiones entre las tendencias de integración y desintegración de la sociedad, de forma debilidad a lo planteado por Leal. Todo esto se ancla a lo que él considera la esencia de la política, es decir, la deliberación pública y colectiva en relación con la distribución de recursos, libertades y oportunidades sociales. En este orden de ideas la tensión entre los dos proyectos societales evidencia que:

The traditional concepts of democracy leave its social and economic dimensions aside precisely at the moment in which neoliberal economic restructuring has transferred the function of distributing social resources from the state to the market and limited the states possibilities of producing a more egalitarian social order in societies like those of Latin America which are characterized by a high degree of concentration of income and wealth (Orjuela, 2003, p. 268).

Retomando lo referente a los dos proyectos de sociedad, establece el autor que, aquel que se derivó de la Constitución de 1991, fue resultado de fuerzas progresistas que pudieron expresar sus posiciones, a través de la Asamblea Constituyente. Pese a ello y de forma paradójica frente a la propuesta progresista, la Constitución de 1991 contribuyó a la fragmentación política y social, alterando el balance entre las tres ramas del poder y atomizando el sistema de partidos y la representación política. Esta situación, además creó

un desbalance en la ubicación de recursos sociales que entró en contradicción con las reformas neoliberales, que también tuvieron lugar con ocasión de la reforma constitucional (Orjuela, 2003).

Así pues, expone Orjuela que la propuesta constitucional que se deriva de las reformas neoliberales surge por las fuerzas de la globalización y de la nueva tecnocracia doméstica, de la que el gobierno del residente César Gaviria fue un ejemplo. Este modelo ha seguido la lógica del mercado y con el proceso de globalización unido a otros factores, ha logrado limitar la soberanía del Estado y su autonomía, en favor de la regulación dada por las agencias supranacionales. En igual sentido, la estrategia neoliberal ha incrementado la fragmentación social en Colombia. Ello, se debe entre otros factores, conforme a lo expuesto por el autor, a la ausencia de integración territorial y de un mercado nacional sólido y a la exclusión social que ha impedido, y continúa impidiendo, la constitución de consumidores y ciudadanos (Orjuela, 2003).

Estos dos proyectos societales – el progresista, representativo, pluri-cultural y pluri-religioso, y el neoliberal - permiten ver la contradicción entre la propuesta estatal con aspiraciones laicas y la propuesta estatal que quiere continuar con estatus-quo propio de una sociedad confesional. Es posible incluso afirmar que el proyecto neoliberal, al afianzar la desigualdad, ha logrado reforzar, por lo menos en el sentir popular, una propuesta iusnaturalista-teológica propia de un estado pre-moderno con lógicas de mercado que lo contradicen y lo afianzan al mismo tiempo. Una de las conclusiones a las que llega el autor es:

In synthesis, in Colombia, in the past decade, all of the factors mentioned above converged to produce an inconclusive process of economic modernization, but without political modernity, expressed in an ambiguous attitude on the part of society with respect to democracy, a lack of interconnection between politics, the economy, ethics

and culture, and a relative and very partial social integration that generates, in itself, the social conditions for its own undoing (Orjuela, 1998).

Con esto en mente, los actores involucrados no son otros que el Estado y todas sus agencias, los ciudadanos, los grupos armados al margen de la ley y los empresarios.

Finalmente, y no por ello menos importante, valdría la pena agregar, acogiendo lo que al respecto plantea el autor, que la realidad, por lo menos la latinoamericana, cuando surge la Constitución de 1991, logra evidenciar que es posible que coexistan proyectos democráticos con proyectos anti-democráticos, como los expuestos previamente, pues la democracia no solo ocurre en el plano político, sino que permea las demás esferas de la vida social. Por otro lado, menciona el autor que el desconocimiento de la realidad macro-económica y la ausencia de mecanismos de participación en la construcción de políticas de ese tipo, ha llevado a una gran inequidad y a que no solo en Colombia sino en Latinoamérica, se abra paso a una legitimidad tecnocrática y eficientista que desplaza la legitimidad política y da lugar a que los políticos se apropien de los recursos públicos para su propio beneficio.

En síntesis, se puede afirmar que teóricamente y a partir del análisis jurisprudencial y político de la realidad colombiana se presentan los siguientes modelos societales y de adjudicación constitucional. En términos de Motta, esos serían tres, a partir de la mayor o menor afiliación a una de las siguientes corrientes: el reconocimiento del interés general como un concepto sustancial, cuyo contenido e interpretación está sujeto a la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los individuos y el entendimiento del interés general como un concepto y principio estático que se debe entender de forma literal, pues de lo contrario sería inconstitucional. Desde estas perspectivas surgen los tres modelos presentes simultáneamente en la Carta Política: liberal escéptico, dogmático colectivista y colectivista silogístico. El primero sería el único que permitiría una lectura de la apuesta constitucional de corte laico y allí cabría la pluri-religiosa, las dos últimas implican una mirada mucho más conservadora que requieren de una mirada del bien común particular que impide la pluralidad y un entendimiento del interés general que primaria sobre los derechos individuales.

Por su parte, las propuestas societales, y porqué no, constitucionales que se derivan de lo planteado por Leal y Orjuela, llevan a una mirada más política y sociológica de la realidad colombiana y evidencian la coexistencia de un proyecto profundamente arraigado a los derechos fundamentales, podría denominarse, para efectos de esta investigación, el proyecto plural del *dios ilustrado* y por lo menos otros dos, uno que está en la Carta y que es opuesto al anterior, el neoliberal y otro que camina en vía opuesta a la constitucionalidad y que de diversas manera ha acompañado la mayor parte de la historia del país durante la segunda parte del Siglo XX y lo que va corrido del XXI el proyecto de los grupos al margen de la ley, que, en palabras de Leal, con los movimientos de las élites, el que prima, hoy en día, es el que él denomina mafioso y paramilitar.

De estos proyectos, se infiere que la Carta puede ser leída, intepretada de diferentes maneras y que la laicidad, confesionalidad o pluri-religiosidad dependen no sólo del contenido específico de la Constitución sino de la manera que sus interpretes se apropien de ella. Sin embargo, la presencia del derecho natural que hace parte del discurso de los derechos fundamentales, de la mano de la dignidad humana y de la protección a dios que se establece en el preámbulo, permiten hablar de no neutralidad frente a lo sagrado y en esa medida, la apuesta laica no se podría asumir, como muchos lo hacen, de forma directa de lo establecido en la Constitución.

5.4.6. Una segunda mirada a los casos paradigmáticos: la aplicación de los mismos desde la nueva carta creyente

En el presente acápite se retomarán los casos paradigmáticos escogidos que han sido mencionados y estudiados de forma superficial a lo largo de la investigación. Se aclara que su análisis se limitará a entender cómo estos dos temas han sido asumidos en la Constitución de 1991 y cómo los mismos podrían afectar la respuesta frente a asumir la apuesta constitucional colombiana como laica, confesional o pluri-religiosa. Así mismo, se quiere responder al

cuestionamiento, que hace parte de la tesis del presente trabajo, sobre la continuación de la Constitución como carta creyente que se deriva de la presencia del *dios ilustrado* y nuevamente, de los vestigios del derecho natural, que se traducen en el discurso de derechos fundamentales y de dignidad humana, a los que se da contenido a partir de elementos sistémicos y extra-sistémicos que por el uso de la razón y como consecuencia del recorrido histórico pueden incorporarse al ordenamiento jurídico, constituyendo el corazón de la norma de normas vigente en nuestro país.

5.4.6.1. Una segunda mirada sobre el matrimonio

Así pues, en términos de la Carta Política actual, el matrimonio ya no solo consta en la regulación del Código Civil, sino que se encuentra consagrado en la norma de normas. El artículo 42 de la Carta consagra que:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

(...)

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley (...). (República de Colombia, 2012)

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

De este artículo también se deriva que los hijos naturales o adoptivos tendrán los mismos derechos y el mismo tratamiento frente a la ley. Por su parte, el artículo 44 de la norma fundamental establece que:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (República de Colombia, 2012)

Con el anterior escenario normativo en mente se puede afirmar que entre la Constitución de 1886 y la de 1991, no existe tanta diferencia, por lo menos no en términos de instituciones como el matrimonio, pues era concebida para parejas heterosexuales, tal como se deriva de una lectura exegética de la norma en cuestión. Esta situación deriva en la necesidad de analizar cuidadosamente cuáles son los elementos que de la religión católica quedan en la institución del matrimonio y si continúa primando una mirada católica y cristiana de instituciones que se relacionan con opciones identitarias como la decisión de compartir la vida con una persona o de elegir ser padre o madre en pro de los derechos de los menores.

La norma constitucional y la del Código Civil han dado lugar a múltiples controversias en torno a los derechos de las parejas homosexuales y a la posibilidad o no de permitir el matrimonio igualitario y la prohibición para padres no unidos en una relación heterosexual para

adoptar. Sin embargo, en la Sentencia SU-214 de 2016 y en un Concepto elaborado por el Ministerio de Educación con fecha de 4 de agosto de 2016, se aclara el escenario para el entender el matrimonio más allá de su consideración religiosa y de sus efectos civiles, conforme a las definiciones ambiguas que se presentan en la Carta Política y en el Código Civil, así se establece que respecto al matrimonio igualitario es preciso superar el déficit de protección a esta población que dejó la Sentencia C-577 de 2011⁹⁵ y “para superarlo, es preciso reconocer el derecho de dichas parejas, a utilizar la figura del matrimonio, con todas las condiciones y alcances legales y civiles que implica”(CConst, 2016) .

La Sentencia C-577 de 2011 establece varios puntos que no se pueden dejar de lado y que permiten contextualizar el espacio de protección que retoma, aclara y amplía la SU-214 de 2016. Así pues, señala el Tribunal que la familia es el núcleo de la sociedad, como lo establece la Constitución y que esto implica la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente, que se concreta en temas como el patrimonio y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como en la en la consideración prevalente de los derechos fundamentales de los niños y la necesidad de prestar especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad.

Respecto al matrimonio, el Constituyente dio potestad a la ley para “establecer sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, puesto que “aun cuando el texto superior le confiere plena libertad a las personas para consentir en la formación de la familia, no por ello deja a su total arbitrio la consolidación de la misma, “pues en todo caso somete su constitución a

⁹⁵ En la Sentencia se establece la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil que lo define y exhorta al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Establece, además, que respecto de los cónyuges existe igualdad en derechos y obligaciones que no implica identidad total entre la unión marital de hecho y el matrimonio. Así pues, establece la Corte que no debe entenderse como una absoluta equiparación o equivalencia, entre las dos instituciones, lo cual dejó un espacio para entender que existe una diferencia entre las dos instituciones que permitió hasta el 2016, un entendimiento en cualquier sentido sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo (CConst, 2011).

determinadas condiciones, a fin de otorgarle reconocimiento, validez y oponibilidad a la unión familiar”(CConst, 2011). Con esto da lugar a continuar interpretando el matrimonio como institución civil y religiosa de carácter heterosexual; situación que aclaró la Sentencia de 2016.

Con respecto al artículo 42, menciona la Corte que el concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, respectohace al matrimonio, se ha sostenido que quien da su consentimiento, lo hace a sabiendas de las consecuencias que se derivan del contrato matrimonial. Entre ellas, estaría que el texto constitucional únicamente admite el matrimonio entre un hombre y una mujer, “pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica”(CConst, 2011). En igual sentido, señala la Corporación que la heterosexualidad y el carácter monogámico también caracterizarían la familia de hecho que se deriva de la la convivencia de los miembros de la pareja. En consecuencia, se tendría que la formación de familia a través de la unión de hecho, también debe ser protegida. Por esto, para la Corte, la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”(CConst, 2011).

En esta decisión, la Corte termina concuyendo que “si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”, lo cual continúa siendo una interpretación arraigada a la concepción religiosa del matrimonio y de la familia.

Ahora bien, con respecto a los derechos de las personas homosexuales, la Corte realiza, en esta decisión, un recuento de la forma en que se han protegido sus derechos. En sus términos, considera que se han protegido particularmente sus derechos individuales y su

posición como grupo minoritario. En el primer nivel, se ha intentado garantizar su autonomía, al considerar que en esta esfera no debe intervenir el Estado porque “que no causa daño a terceros” y está sujeto al respeto y a la protección. En el segundo nivel, señala el órgano que la jurisprudencia se ha aproximado a la homosexualidad desde la perspectiva del grupo que requiere especial protección por los prejuicios y las falsas creencias (CConst, 2011). En igual sentido, la Corte señala en esta sentencia que no es posible que el consenso mayoritario, el sentir popular como se ha denominado en esta investigación, imponga una posición que derive en un trato desigual para los homosexuales o una que los considere como ciudadanos de segunda. Así, retoma que la jurisprudencia ha protegido a la pareja integrada por personas del mismo sexo

puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia (CConst, 2011).

Esta protección se concreta, conforme a lo dispuesto en sentencias como la C-075 y la C-811 de 2007, en garantizar ciertos derechos que se derivan de la unión marital de hecho, como ocurre con los cónyuges pues son situaciones asimilables, que tuvo su origen en dar igual trato en temas patrimoniales a las mujeres no casadas y a las familias conformadas a partir de una unión de hecho. Se incluye la protección derivada de la asistencia alimentaria y la porción conyugal y la pensión de sobrevivientes, que deriva en términos técnicos en la necesidad de reconocimiento jurídico de los derechos patrimoniales “y que la falta de reconocimiento atentaba contra la dignidad de los integrantes de la pareja, lesionaba su autonomía y capacidad de autodeterminación “al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida produzca efectos jurídico patrimoniales””(Sentencia C-075 en: CConst, 2011).

De forma un poco desconcertante⁹⁶, la Corte en la Sentencia C-577 de 2011, diferencia la protección entre pareja homosexual y familia homosexual, dejando nuevamente presente el matiz religioso y moral que acompaña la concepción de matrimonio y de familia, incluso en la lectura literal del artículo 42 de la Carta Política, cuando señala, realizando un análisis de la jurisprudencia previa que,

la Corte observa que en las sentencias reseñadas no se estima indispensable abordar el concepto constitucional de familia protegida y la protección se brinda en nombre de la realización de un proyecto de vida como pareja, mientras que en otras decisiones, o aun en apartes diferentes de una misma providencia, parece explícita la invocación del criterio de conformidad con el cual la familia protegida es la heterosexual y monogámica y existe una diferencia “entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente”, pues la concepción de la familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia.

Pese a lo anterior, la Corte en la decisión que se está revisando, también propone un argumento a favor de la tesis de la presente investigación cuando señala que

“[e]l “carácter maleable de la familia” se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”.

⁹⁶ Esta es la razón por la cual la Corte retoma el marco de protección de las parejas homosexuales en la Sentencia SU-214 de 2016, como se ha venido señalando y se seguirá mostrando en las próximas páginas. En efecto, la ambigüedad de la C-577 de 2011 es utilizada como marco constitucional para el fallido proyecto de la exsenadora Morales.

Este planteamiento permite afirmar que la apuesta constitucional no es neutral moralmente, pues reconoce la diversidad cultural, y como hemos venido mostrando la diversidad de miradas religiosas, que en términos de la confesionalidad o laicidad, da lugar a una apuesta diferente: la pluri-religiosa.

Ahora bien resulta preciso revisar la Sentencia SU-214 de 2016, donde la Corte establece que la Carta Política no excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, pues el artículo 42 no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad en materia de matrimonio por parejas del mismo sexo; este sería un ejemplo concreto del *dios ilustrado* interpretando y hablando desde la Constitución, dándole alcance y trayendo al mundo jurídico los criterios y principios extra normativos, a los que es posible llegar gracias al derecho natural de corte racional o historicista. En consecuencia,

Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que, en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. (Subrayado fuera del texto)

La Corte Constitucional señala que si somos un estado democrático, basado en la voluntad de las mayorías, conforme al modelo griego – lo que en palabras de esta investigación evidencia la herencia del iusnaturalismo histórico, tanto en ese escenario como

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

en otros tales como el discurso de derecho inspirado en la Revolución Francesa-, debe prevalecer el interés general, y hoy este interés se concreta en la protección de todos los ciudadanos; incluso yendo en contra de la voluntad de las mayorías. La Corte Constitucional con el poder del *dios ilustrado* o si se quiere, del *dios ilustrado* de la mano de la voz de la Corte Constitucional, quienes a través de los principios y valores que subyacen a la Carta, deben luchar y hacer prevalecer sobre el sentir de las mayorías, pues este sentir podría llegar a oprimir grupos y debates, como ocurrió con el previamente enunciado caso de los denominados *manuales de convivencia* y como podría ocurrir solo recurriendo a la Sentencia C-577 de 2011.

En palabras de la Corte y de teóricos como Uprimny trabajados previamente en el presente texto, en un

Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un “coto vedado” para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común.

(...)

Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones (CConst, 2016).

Este apartado ilustra la diferencia entre la Carta de 1886 como apuesta confesional y la de 1991, que al mostrar la influencia del derecho natural, también muestra como el *dios ilustrado*, con la Corte Constitucional, tienen la labor de impedir discriminar grupos a partir de miradas mayoritarias que, arbitrariamente, podrían anular grupos completos, todo salvaguardando los derechos fundamentales de los individuos.

Por otro lado, reconoce la Corte que las normas, tal y como están escritas no admiten existencia de dos clases de matrimonio, pues habría matrimonios por categorías de ciudadanos: unos que pueden ser reconocidos por una figura como el matrimonio civil y otros que no. Si esta fuera la realidad, se establecería una condición discriminatoria contra las personas que detentan una orientación sexual diferente a la heterosexual, que desde una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, que exige que el derecho se adapte a los contextos sociales reales, no permitiría, pues quebrantaría los derechos a la libertad, dignidad humana e igualdad.

Esta interpretación que permite adaptarse a los contextos reales resulta relevante en términos del derecho natural y en consecuencia se legitiman gracias a las garantías que da el *dios ilustrado*, que es el dios de todos pues no es único y es el que habla en nombre de la libertad de conciencia y en nombre del libre desarrollo de la personalidad. Es el dios de la dignidad humana y de los principios y valores extra-normativos y normativos, basados en el discurso de derechos fundamentales y humanos. Para la Corte, sería

una contradicción afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que, para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado).

(...)

Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste (CConst, 2016).

De otra parte, la Corte en la decisión de 2016 que se viene revisando, hace un recuento sobre las omisiones del Congreso de la República, pues no ha regulado las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

sexo. Así, establece que desde 1999 hasta el 2016, año de la decisión jurisprudencial objeto de estudio, “se han archivado o retirado - en algunas ocasiones sin discusión alguna-, 18 proyectos de ley del más variado alcance y naturaleza, que buscaban suplir el déficit de protección, tantas veces reclamado, mediante la normalización y la nominación jurídico-dispositiva de las comunidades de vida de las uniones no heterosexuales” (CConst, 2016).

En efecto, la Sentencia C-577 de 2011, fue la última exhortación, por lo menos la última previa a la Sentencia que se está analizando, y el Congreso continúa omitiendo legislativamente el déficit de protección a las uniones no heterosexuales, sin encontrar restauración constitucional plausible. Señala la Corte, que a la fecha de la providencia, las parejas del mismo sexo no contaban “con una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para contraer matrimonio, en iguales condiciones a las de las parejas heterosexuales, dado que la figura de la unión marital de hecho, y la indeterminada “unión solemne”, no son equiparables al matrimonio si este no se permite a todos como una opción de constitución de pareja legítima (CConst, 2016).

Se considera, entonces, que esta decisión es fundamental pues evidencia que la Corte Constitucional, y en términos de la presente investigación el *dios ilustrado* que protege y enmarca la Carta Política, tiene el rol de evitar que posiciones mayoritarias del pueblo que aparecen en el Congreso, excluyan el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. Establece así que

El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios (...), quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario (CConst, 2016).

Con respecto al papel de los jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, señala la Corte en la decisión de 2016 que, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, brindándoles a todos un trato no discriminatorio e igualitario. En esta medida, los registradores no pueden negarse a inscribir en el registro civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo. Así mismo, los notarios públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo y el juez incurre en defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.

En el mismo sentido, señala la Corte, de forma enfática que existe falta de legitimación por activa en tutela para evitar celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo y en este sentido, la Procuraduría General de la Nación no puede formular una acción de tutela destinada a impedir la celebración de un matrimonio civil de una pareja del mismo sexo, alegando vulneración del orden jurídico, cuando quiera que, en estos asuntos, prevalece el respeto por los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, lo cual torna, obviamente, improcedentes las acciones públicas aquí promovidas (CConst, 2016).

En otras palabras, el matrimonio civil es una institución jurídica, un contrato, que puede ocurrir entre parejas heterosexuales o entre parejas homosexuales, pues de otra forma tendríamos uniones incompletas para los segundos, alegando que el matrimonio como está concebido, sólo es aplicable a la unión de un hombre y una mujer. Este claramente es un avance dirigido hacia la desconfesionalización de esta institución que permite asumir la diversidad y la pluralidad sexual y religiosa, pues no está ligado a un rito particular sino a las normas civiles y constitucionales. ¿Esto sería equiparable a decir que la Constitución de 1991 es una apuesta laica?, se considera que no, pues la Carta reconoce y protege la diversidad religiosa y permite la igualdad evitando relacionar el matrimonio con una confesión particular, pero sin desconocer que la divinidad protege la Constitución.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Por otro lado, la Corte establece que el lenguaje es social y contextual y responde a una determinada cultura, a un sistema de valores y a unas formas de vida. Así pues, el lenguaje no pretende ser sólo un espejo de la realidad, “sino además un “sistema de reglas” compartidas por los hablantes, que nos permite interactuar y comprendernos mutuamente”. El derecho, también es una “herramienta, con diversos propósitos: delimita y clasifica situaciones fácticas; fija límites a la conducta humana; define derechos y obligaciones; configura instituciones políticas y sociales; entre otros” (CConst, 2016); y se vale para ello del lenguaje. Con esto en mente, se puede afirmar que el lenguaje y el derecho se requieren mutuamente y se determinan a partir de elementos que no solo son normativos, sino que están por fuera del sistema jurídico.

Al respecto, la Corte también expone una evolución en el concepto de matrimonio, influenciado por elementos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico, lingüístico y antropológico. En este sentido, describe la Corte que, en la compleja historia de la institución matrimonial, se presentan las siguientes tensiones:

- Restricciones en el derecho a contraer matrimonio por elementos como origen social de los contrayentes, nacionalidad, raza, religión y orientación sexual
- Imposibilidad secular de calificar como matrimonio uniones diferentes a las aprobadas estatalmente, pues históricamente no se puede hablar de estados constitucionales hasta las revoluciones francesa y americana, que además no tenían el mismo reconocimiento que el denominado matrimonio
- La regulación jurídica del matrimonio (capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, fines, disolución, etc.) y la disputa por su manejo, que se ha dado entre el estado y por las autoridades religiosas y civiles
- Diferentes formas de asumir la naturaleza jurídica del matrimonio, puesto que ha sido abordada como sacramento, contrato, institución de derecho natural, entre otras. En la actualidad, en un estado social de derecho, como paradigma de separación entre la iglesia y el estado, la regulación del matrimonio desborda

los parámetros del derecho positivo, para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales, pues responden a un programa de vida compartida (CConst, 2016).

Aclara la Corte, en relación con elementos de la relación matrimonial como la sexualidad y la procreación, si bien son algunos de los fines legales del matrimonio, conforme lo preceptúa el Artículo 113 del Código Civil, también es fundamental considerar que no constituyen elementos de su esencia, de conformidad con los parámetros constitucionales, en especial, con el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad, ya que sin aquéllos, el vínculo continúa siendo válido y produciendo efectos jurídicos. Entonces, la libertad constitucional de unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne, por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida en común (CConst, 2016).

Y para darle fuerza a la categoría de *dios ilustrado* y a la hipótesis que asume que la Constitución de 1991 no evidencia una apuesta laica y es una carta creyente, la Corte de forma literal señala que:

El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas “matrimonio” (CConst, 2016).⁹⁷

⁹⁷ En términos del derecho comparado, señala la Corte en la SU-214 de 2016: En un período de tan sólo quince años, la humanidad de manera gradual y progresiva ha venido reconociendo los derechos de las parejas del mismo sexo. En efecto, de ciento noventa y cuatro (194) estados oficialmente reconocidos por la ONU, a la fecha veintitrés

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Por su parte, la Corte Constitucional, establece que se ha construido un sistema de precedentes judiciales en relación con los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo, pues en el desarrollo histórico es claro que los homosexuales son un grupo tradicionalmente discriminado; sin embargo, a la luz de los principios que inspiran la Constitución Política de 1991, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de un ser humano, debe ser sometida a un control estricto de constitucionalidad y se presume violatoria de los principios de igualdad, dignidad humana y libertad.

Así, el no reconocimiento o mejor aún, el desconocimiento del matrimonio homosexual y de otras formas de construcción de uniones, constituye una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no lograría superar un test estricto de igualdad y no se contaría con una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias. Afirmar lo contrario, conduciría a negar los cambios estructurales ocurridos con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991, cuyo análisis armónico implica que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual (CConst, 2016).

Por otro lado, es preciso señalar que el matrimonio, así como las libertades de conciencia y credos son elementos fundantes, al lado de la apelación en el preámbulo de la Constitución a la protección de dios, de la constitución creyente, de la apuesta pluri-religiosa y del principio de la dignidad humana. A su vez, el contenido de este principio se construye a partir de elementos extra-sistémicos, pues se define a partir de casos concretos de origen

(23) han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, eliminando todo tipo de discriminación basada en la orientación sexual.

racional – vg. Inclusión de vulneraciones concretas a derechos humanos como la integridad física en el caso de la tortura – o de origen histórico – vg. Considerar que el genocidio es un acto violatorio de la misma, como consecuencia de lo ocurrido en la segunda guerra mundial. En igual sentido, para el Tribunal Constitucional, del principio de dignidad humana deriva

la plena autonomía del individuo para escoger a la persona con la cual quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural o solemne, cuyos propósitos son acompañarse, socorrerse mutuamente y disfrutar de una asociación íntima, en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “vivir como quiera”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones” (CConst, 2016).

Por su parte, el alcance que se da al matrimonio y a la concepción de familia, a partir de la Constitución de 1991, no puede desconocer las demandas del bloque de constitucionalidad, pues son construcciones clásicas que hacen parte de la tradición jurídica occidental y que aparecen consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo exigible que su aplicación sea interpretada armónicamente con los estándares internacionales existentes en la materia y así, no habría ninguna justificación constitucional para que el Estado colombiano niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual.

Señala la Corte en la decisión que se viene estudiando que la aceptación incompleta del matrimonio para parejas del mismo sexo – y de uniones de hecho con reconocimiento jurídico -, implicaría resultados discriminatorios contrarios al espíritu de la Carta de 1991 y de sus cambios estructurales, con respecto a la Carta de 1886, tales como:

- No tener la posibilidad de constituir formalmente una familia.
- Ausencia de deberes de fidelidad y mutuo socorro.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

- No habría implicaciones de modificar su estado civil - como en efecto ocurre con las uniones de hecho.
- No se crearía una sociedad conyugal – ni de hecho en el caso de la unión marital.
- Los contratantes no ingresarían en el respectivo orden sucesoral.
- Imposibilidad de suscribir capitulaciones;
- No había claridad sobre las causales de terminación del vínculo entre los contratantes;
- Protección extra-territorial para el reconocimiento de los efectos civiles de la unión.
- En materia tributaria no se podrían invocar ciertos beneficios por tener cónyuge o compañero permanente (CConst, 2016).

En síntesis, el matrimonio igualitario en términos constitucionales y a partir de una lectura coherente de la Carta como construcción iusnatural, apuesta creyente y pluri-religiosa constituye una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. Con el anterior escenario en mente, se puede afirmar que existe una gran diferencia entre la Constitución de 1886 y la de 1991, pues con opciones identitarias como la decisión de compartir la vida con una persona, la Carta actual exige, por parte de los jueces y de otros actores que hablan y desarrollan la Constitución, una tarea interpretativa, que en esencia está permeada por valores y principios que responden a visiones morales particulares pero que no podría decir que estas opciones impiden la unión a través del matrimonio.

Esta afirmación también queda evidenciada en el escenario de la objeción de conciencia que, en concepto del Ministerio de Justicia de 4 de agosto de 2016, se entiende como “la abstención de una determinada acción fundamentada en la existencia de una discrepancia entre una norma jurídica y una norma moral” (Ministerio de Justicia, 2016, p.2). Así pues, señala esta entidad del poder ejecutivo que no le es dable a una autoridad pública como los operadores judiciales, notarios o registradores del estado civil, negar a ningún ciudadano el acceso a un derecho fundamental como lo son el libre desarrollo de la

personalidad y la posibilidad de formar una familia uniéndose a alguien del mismo sexo, tal como lo establece la SU-214 de 2016.

En efecto, y como ya se mencionó, en dicha jurisprudencia se consideró que la negación del servicio notarial para la celebración de matrimonios civiles entre personas del mismo sexo era una inadecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011. En términos temporales, se estableció en el concepto, que debe aceptarse que, desde el 20 de junio de 2013, cualquier unión o contrato solemne celebrado para establecer una relación afectiva, en aras de formar una familia, debe equipararse a un matrimonio civil (Ministerio de Justicia, 2016). Incluso, se podría pensar que uniones homosexuales previas podrían ratificar su unión como matrimonio civil a partir de estas decisiones jurisprudenciales.

En síntesis, no es posible que las autoridades judiciales y públicas mencionadas apelen a la objeción de conciencia para no celebrar matrimonio entre parejas homosexuales porque deben acatar fallos de carácter jurídico que no es posible desconocer, ya que se trata de la exigencia de protección de derechos personales e individuales de terceros. En conclusión, este desarrollo interpretativo, abre la puerta para que el *dios ilustrado* ejerza su poder como protector de los derechos fundamentales y para que, el desarrollo de la Constitución no pueda impedir que una institución como el matrimonio civil regulado jurídicamente, así el origen de la institución sea católico, sea manipulada por una creencia individual, pues sería una contradicción en los términos.

Ello, pues la protección de dios avalada constitucionalmente unida a la libertad de creencias solo puede operar en un sentido; un sentido que permite que los ciudadanos ejerzan libremente, y en igualdad de condiciones, sus derechos fundamentales, lo que implica que ninguna autoridad pública puede sobreponer su propia creencia sobre el amparo a estos derechos individuales. Y la pregunta que surgiría es si esta es una apuesta laica o pluri-religiosa, a lo cual solo se puede responder en el segundo sentido, es decir, es una apuesta pluri-religiosa porque, como ya se ha argumentado y se ha querido probar, la Carta de 1991

no es neutral en temas de dios, pero permite y concilia la existencia de muchos dioses con los parámetros que le da el derecho natural y que son los que propugna el *dios ilustrado*, ese dios construido históricamente y que apela a la razón para sustentar los valores y principios de los que es acreedor.

Por todo lo anterior, la Constitución de 1991 dejó en el matrimonio una puerta para la interpretación de una institución de origen religioso pero que se ha institucionalizado con consecuencias jurídicas de carácter civil que ya no es posible desconocer. Con esta puerta de interpretación se ha presentado una pugna constante entre quienes quieren que siga siendo la institución de la Iglesia católica que solo avalaría la unión entre hombre y mujer y quienes consideran fundamental aplicar, en igualdad de condiciones, la institución para cualquier pareja que se quiera conformar. La Corte Constitucional y la protección que el *dios ilustrado* logra dar a la pluralidad, lleva a pensar que desde el deber ser no es posible hoy en día prohibir ni impedir que se realicen matrimonios hetero y homosexuales en el país. Además, es posible realizar estas uniones, que continen efectos civiles, bajo cualquier credo, pues estamos frente a una apuesta que no impide mostrar las creencias como sería la que se derivaría de la laicidad, sino que por el contrario le apuesta a las mismas como derecho fundamental que hace parte de la identidad de cada una de las personas que hace parte de la sociedad colombiana.

5.4.6.2. Una segunda mirada a la adopción

Considerando el análisis previo sobre la adopción que se trajo en la primera mirada a los casos paradigmáticos, a continuación, no se volverá a repetir lo que ya se planteó sobre el manejo de la figura en la Ley 1098. Sin embargo, es preciso retomar, como ya se ha dicho, que la adopción no es un derecho de los posibles adoptantes sino una medida de protección para uno de los sujetos que, en la Carta de 1991, tiene protección prevalente: los niños, las niñas y los adolescentes. Este desarrollo conceptual era equiparable en la Carta de 1886. Por otro lado, y para hablar de las implicaciones de la adopción en el escenario actual, se decidió

recapitular en este aparte lo ocurrido con el hundido proyecto que pretendía prohibir la posibilidad de adopción a potenciales padres no heterosexuales.

La posibilidad de prohibición y eventual privilegio de un tipo de familia sobre otras - la heterosexual sobre la monoparental y la heteroparental o incluso frente a familias de crianza, entre otras - se derivó de lo planteado en la propuesta de la entonces senadora Viviane Morales en el 2016, que tenía como objetivo convocar a un referendo constitucional para someter a consideración del pueblo una reforma que permitiera consagrar la adopción de menores solo por parejas conformadas por hombre y mujer (Morales Hoyos, 2016)⁹⁸.

La propuesta se sustentaba en considerar que la adopción, entendida como una medida de protección de los menores, debería garantizar a los menores el derecho a tener una familia constituida por una pareja heterosexual en los términos explícitos del artículo 42 de la Constitución, es decir, aquella conformada por un hombre y una mujer unidos entre sí en matrimonio o en unión marital de hecho, conforme a lo establecido por la Corte al respecto en sentencia de 1992 (CConst, 1992).

Con la fallida propuesta, quedó en el aire el cuestionamiento de si precisamente el intento por reformar la Constitución evidencia que en Colombia si tenemos una carta laica que, algunos sectores, quieren reconstruir como confesional, pues se requería un cambio constitucional para viabilizar una propuesta como la formulada en el referendo de Morales. Pese a este cuestionamiento, el intento por reformar la Carta también puede significar que ella contiene una apuesta que no es claramente laica y que, por esto mismo, da lugar a interpretaciones variadas que permiten oscilar entre respuestas profundamente liberales y

⁹⁸ Literamente se establecía la solicitud de convocar a un referendo para la “reforma del artículo 44 de la Constitución Política, con el fin de “Consagrar la adopción de menores solo por parejas conformadas por hombre y mujer”, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil” (Morales Hoyos, 2016).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

otras profundamente conservadoras; mostrando la pluralidad de visiones pero afianzando la ausencia de neutralidad moral⁹⁹.

Un precedente jurisprudencial importante en la materia vuelve a ser la ya mencionada Sentencia C-577 de 2011, decisión en la que se establece que:

La adopción tiene, “una especial relevancia constitucional y legal, pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 del estatuto supremo”, en el cual halla fundamento, así como en los artículos 42 y 45 superiores que “establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral” (CConst, 2011).

Esta aproximación a la adopción podría provenir de una apuesta constitucional laica, confesional o pluri-religiosa, dado que lo que se busca no es dar prevalencia a un tipo de familia sino lograr la protección de un grupo especialmente vulnerable como lo son los niños, las niñas y los adolescentes.

Recuerda la Corte, además, que no puede haber diferencias de trato y que hay igualdad de derechos entre los hijos naturales, adoptivos, matrimoniales y extramatrimoniales., conforme a lo señalado en el artículo 42 de la Carta. También señala que, aunque se prefiera

⁹⁹ Del análisis realizado sobre la propuesta de reforma constitucional, a través del referendo presentado por Viviane Morales, que pretendía prohibir la adopción por parte de parejas del mismo sexo y de otro tipo de familias como la mono-parental, se puede concluir que éste se archivó, al considerar que la misma atentaba contra el artículo 13 de la Constitución Política, es decir, dado que la misma discriminaba a ciertos sujetos para adoptar, así la adopción sea una medida de protección para los menores de edad. En otras palabras, la opción para intentar adoptar no puede prohibirse a sujetos particulares. Al respecto, se sugiere ver debate televisivo realizado en el marco del programa *La Noche*, publicado el 16 de septiembre de 2016 (Programa La Noche, dirigido por Gurisatti, 2016).

la familia biológica, se protege también la familia de crianza y aquella denominada monoparental, que va en aumento en el país no solo por razones como la violencia sino por el aumento en los divorcios. Entre estas familias monoparentales, el legislador ha protegido especialmente aquella en la que la madre es cabeza del hogar, lo cual es extendido al hombre cabeza de hogar, pero siempre buscando la protección prevalente del menor. También se ha considerado y se ha protegido la familia que surge después del divorcio o separación y que se denomina “familia ensamblada”. Así pues, la Corte presenta, a manera de conclusión que

“el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico” (CConst, 2011).

Para terminar, señala la Corte, que el concepto de familia responde y debe ser entendido en función de la idea de pluralismo, principio que afianza la Carta Política y la propuesta de la presente investigación, al señalar que la apuesta constitucional es pluri-religiosa. La pluralidad en todo caso no se podría desconocer desde una visión laica ni desde una pliri-religiosa, en la medida en que las dos exigen la aceptación de múltiples posturas, por lo menos desde el plano religioso que hace parte de uno de los elementos que conforman la identidad de los sujetos de derecho. En concordancia con lo anterior, afirma el órgano que “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial” (CConst, 2011).

Ahora bien, luego de haber abordado la institución de la adopción en relación con el concepto de familia en términos jurisprudenciales, pasamos a entender cómo se viabiliza la figura de la adopción en términos normativos e institucionales y en el andamiaje estatal. Al

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

respecto se puede comenzar por señalar que el proceso de adopción en Colombia funciona a partir de lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política (ICBF, 2017), en donde se establece que la familia es un derecho fundamental de los niños y que los derechos de los niños priman sobre los de los demás; siendo entonces los menores de edad, sujetos de especial protección. Por su parte, este proceso se rige bajo los parámetros establecidos en la Ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, que tiene como propósito

establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado (Congreso de la República de Colombia, 2006).

Por su parte, la Ley de Infancia y Adolescencia y las políticas institucionales dirigidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) se rigen hoy en día, por el *Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción*, Aprobado mediante Resolución No. 2551 del 29 de marzo de 2016 y Modificado mediante Resolución No. 13368 del 23 de diciembre de 2016. Se resalta que el Lineamiento tiene como propósito la incorporación de todas las

leyes, convenios internacionales, doctrina, jurisprudencia, buenas prácticas, conceptos y teorías que permiten minimizar los riesgos y fortalecer la adopción de niños, niñas y adolescentes, especialmente de aquellos que por sus características y necesidades especiales aún no tienen una familia que los apoye (ICBF, 2016, p.14).

En este contexto, se puede afirmar que este documento reglamentario constituye una guía práctica para aplicar lo que dice la Constitución Política y la Ley en materia de protección de los niños, las niñas y los adolescentes. Así mismo, permite entender el marco de acción del ICBF como organismo que tiene en sus manos la tarea de aprobar o rechazar las adopciones y en este sentido, la adopción se entiende

como una medida de protección para restablecer el derecho fundamental de todos los niños, niñas y adolescentes a tener una familia garante de su pleno y armonioso desarrollo, en un ambiente de amor y comprensión, siempre enmarcado en el interés superior del niño (ICBF, 2016, p.14).

En consecuencia, los principales lectores y usuarios del documento son las familias solicitantes de adopción, servidores públicos de las distintas sedes del ICBF, las Defensorías de Familia, los Comités de Adopciones, las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción (IAPAS), organismos acreditados y autorizados en Colombia y autoridades centrales en los países de recepción. Así mismo, la Procuraduría General de la Nación, en la medida en que debe vigilar el cumplimiento de la labor de los funcionarios públicos y velar por el respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. También podría ser útil para organizaciones no gubernamentales y para la sociedad civil activa e interesada en el respeto de los derechos de los niños y el de las posibles familias adoptantes.

Respecto al concepto de familia y en consideración del propósito particular de la presente investigación, en el Lineamiento se acogen fragmentos en los que la Corte Constitucional colombiana, en las dos decisiones ya mencionadas en materia de adopción (Sentencia C-271 de 2003 y Sentencia C-511 de 2011), define la mencionada institución y destaca los siguientes elementos que se derivan de la misma, a saber:

1. Constituida por una comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos.
2. Fundada en el amor, el respeto y la solidaridad.
3. Caracterizada por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos.
4. Considerada como un organismo flexible.

En este sentido, señala el lineamiento que las decisiones jurisprudenciales son consistentes con la definición de familia con la que trabaja el ICBF, según la cual esta forma de organización social “se constituye por vínculos que van más allá de la consanguinidad y que se crean en el movimiento azaroso de la vida social, convertido en contexto propicio para que surjan sistemas significativos de relaciones” (ICBF, 2016, p.25).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Como se deriva de lo anterior, resulta posible afirmar que la definición de familia que el ICBF ha intentado incorporar en los procesos de adopción tiene una pretensión de laicidad, o de pluri-religiosidad, en la medida en que no incorpora elementos de índole religiosa ni connotaciones morales particulares que se asocien a privilegiar un tipo de familia. Además, evidencia la pertinencia de incluir elementos conceptuales que van más allá de lo establecido en la Constitución (propios del derecho natural historicista), sin ir en contra de la norma de normas. En otras palabras, habla de familia en función de la constitución de vínculos que superan la consanguinidad y nunca hace referencia a un tipo de familia particular, permitiendo asumir que es posible que familias hetero, mono o uniparentales puedan participar en procesos de adopción; siendo paradójico que la sociedad o mejor, un sector de la sociedad – aunque nada despreciable- promueva propuestas como la ya mencionada de la exsenadora Morales; situación que da lugar a pensar en la diferencia que puede existir entre el deber ser de una institución como la familia y el sentir popular sobre la misma.

En consecuencia, la adopción como institución, bajo el régimen de la Constitución de 1991, cumple el mismo rol que tenía bajo la Carta de 1886, es decir, se ha pensado y regulado como una medida de protección para los menores de edad. Por su parte, el Lineamiento es contundente en aceptar diferentes opciones de familia como posibles adoptantes: parejas heterosexuales, homosexuales, madres o padres solteros, incluso posibles adoptantes que sean consecuencia de un proceso de acompañamiento al menor durante su crianza, en la que podrían participar personas como parientes del menor o incluso, personas cercanas al mismo.

En efecto, el Lineamiento no es tímido al hablar de cómo se concreta el principio diferencial tanto para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes tengan la posibilidad independientemente a su orientación sexual o preferencias identitarias, al grupo étnico al que pertenezcan o a las condiciones de discapacidad que tenga de re-establecer sus derechos accediendo a una familia, como la forma en que todos los individuos pueden participar en el proceso. Ello, pues lo que debe garantizar el proceso de adopción es que los posibles adoptantes sean idóneos, no que sean heterosexuales o que pertenezcan a un estrato social determinado o a una línea de pensamiento particular, todo procurando lograr que prevalezca

el interés fundamental del menor. Así, el enfoque diferencial asumido en el lineamiento “parte de reconocer la igualdad como principio fundamental y las diferencias que en la historia de la conformación social y cultural han generado brechas entre grupos e individuos discriminados que han generado condiciones de desigualdad y subordinación” (ICBF, 2016, p.49).

En este sentido, el Lineamiento encuentra que existen dos aproximaciones a la igualdad: desigualdad positiva que parte de garantizar, mediante acciones, a los menores de edad la posibilidad de acceder a una familia “reconociendo las potencialidades, recursos, oportunidades y la diversidad de cada uno de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con su pertenencia a colectivos históricamente discriminados, ya sea por su reconocimiento étnico, el sexo, el género, la discapacidad, y la orientación sexual” (ICBF, 2016, p.50) y

la igualdad, entendida desde la neutralidad de la Ley, que permita evitar que las situaciones históricas de discriminación como el sexo, la orientación sexual, la pertenencia étnica y la discapacidad se conviertan en un factor de exclusión frente a la adopción y restrinjan el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, vulnerando el principio de su interés superior (ICBF, 2016, p. 50)

Al respecto, vale la pena resaltar dos cosas: que se protege la igualdad en la participación de posibles aspirantes para no discriminar por razones relacionadas con la sexualidad, orientación sexual, étnica y discapacidad y que no se habla, en ningún momento, de evitar la discriminación por razones religiosas, pues la garantía de igualdad está claramente propuesta en la Carta y potenciada por el *dios ilustrado*, que garantiza la pluralidad de visiones en este contexto y abre la posibilidad de asumir seriamente la neutralidad de la ley, parámetro de la laicidad y de la pluri-religiosidad.

Desde esta segunda perspectiva, el logro de la igualdad si bien no supone la incorporación de acciones afirmativas para la familia adoptante, quienes en aras del interés superior del niño deben cumplir con criterios objetivos de idoneidad que garanticen el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, si exige “evitar en la actuación institucional el uso de prejuicios sociales y culturales o decisiones arbitrarias basadas en imaginarios sociales e institucionales que toleren la discriminación y la desigualdad, en las decisiones de las autoridades administrativas a la hora de definir la idoneidad de una familia

para la adopción” (ICBF, 2016, p.51) y en lo que nos concierne, se tendrán en consideración criterios diferenciales que garanticen la igualdad a través de la objetividad en el trámite de adopción que impiden excluir niños, niñas o adolescentes con identidad sexual o de género diversa, así como aspirantes como padres en el proceso de adopción con tales diferencias.

Así mismo, con respecto a este criterio, resalta el Lineamiento, la importancia de diferenciar entre dos categorías: sexo y género, para impedir diferenciaciones en estos dos campos y además, reitera, como lo hacen las normas internacionales que prohíben la discriminación por estas dos características, en la necesidad de tener en cuenta que existe un nexo claro entre la orientación sexual, el ejercicio de la privacidad, el ejercicio del derecho a determinar la propia identidad y el de formar relaciones personales y familiares con base en esa identidad, “aunque la misma no sea aceptada o tolerada por la mayoría” (ICBF, 2016, p.52).

En este sentido, destaca el Lineamiento que la desigualdad y la discriminación de género han estado asociadas “a la concepción de la familia basada en la heterosexualidad como el deber ser de la conformación de la pareja y la unidad familiar o la naturaleza y la normalidad de la misma” (ICBF, 2016, p.53). Al respecto, menciona el Lineamiento que la Corte Constitucional en la Sentencia C-683 de 2015 establece que “lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Así pues, para efectos de la participación en el proceso de adopción, debe considerarse que en virtud del principio de igualdad y no discriminación no importa la orientación sexual ni la identidad de género de un individuo que dese adoptar, sino que cualquier individuo que participe en el proceso debe cumplir los requisitos establecidos en la Ley 1098 de 2006.

El segundo criterio es la etnia y aunque no es objeto de la presente investigación que se relaciona con la presente investigación, resulta relevante en la medida en que habla de pluralidad y la pluri-religiosidad es una expresión particular de aquella. Así, el enfoque étnico, implica el reconocimiento de los derechos de los grupos humanos con características históricas, sociales y culturales comunes, que se conciben como sujetos colectivos e

individuales. Esta situación se hace explícita en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, y en el respeto a la autodeterminación de los pueblos, que se encuentra en la Constitución Política (Artículos 1 y 7 de la Carta Política) (República de Colombia, 2012).

En relación con la adopción, si hay niños bajo la medida de adopción o familias adoptantes, parte de algún grupo que se identifique con una etnia particular, se debe contar con la presencia y concepto de las autoridades de la etnia indígena correspondiente, conforme a la consulta previa ordenada en el Artículo 70 de la Ley 1098 de 2006. En consecuencia,

Cuando exista persona, cónyuges o compañeros permanentes integrantes de la misma comunidad indígena que deseen adoptar al niño, niña o adolescente declarado en adoptabilidad, se procederá a realizar la adopción de acuerdo con los usos y costumbres indígenas. Según el mismo precepto, en caso de que en la comunidad no haya un aspirante a adoptarlo, se procederá mediante consulta previa con la comunidad indígena de origen, haciendo énfasis en las consecuencias de la adopción, salvo que en el interés superior del niño, niña o adolescente, se le deba proteger por razones de maltrato o violencia intrafamiliar (ICBF, 2016, p.54).

El tercer criterio que se tuvo en consideración para hacer efectiva la igualdad para niños y familias adoptantes es el de discapacidad. En este tema, se exige que las familias que deseen adoptar conozcan y se comprometan a cumplir con los cuidados especiales que requieran los niños, niñas o adolescentes adoptables con discapacidad. Es decir, los padres adoptantes deben brindar de “manera corresponsable, los recursos, las condiciones de asequibilidad, accesibilidad y los ajustes razonables para garantizar la inclusión de los niños, niñas o adolescentes adoptables con discapacidad”(ICBF, 2016, p.56).

Por su parte, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, impide prohibir que las personas ejerzan su paternidad o maternidad por causa de presentar discapacidad. Esta situación deberá tener en cuenta las condiciones de habilitación de los solicitantes, padres o madres con discapacidad, y el agotamiento de todos los recursos intrafamiliares, institucionales y de las redes sociales posibles para preservar el vínculo familiar; otra cosa sería que se considerará que el padre o la madre adoptante no cuenta con idoneidad física o mental, que no está relacionado con una condición de discapacidad sino con la posibilidad de

que condiciones particulares de carácter físico – medico – o mental – padecer una enfermedad que impida ejercer como cuidador de forma responsable – impidan que se pueda reestablecer de forma adecuada el derecho de los menores a tener una familia.

Por otro lado, se pensaría que, en términos de la presente investigación, el tipo de idoneidad que más malestar podría generar es el denominado moral, al respecto el Lineamiento establece que, este

[s]e fundamenta en el reconocimiento del ser humano como sujeto de actos libres y voluntarios, cuyos comportamientos se enmarcan en un sistema de valores. De acuerdo con lo expresado en la Sentencia C-814 de 2001, la idoneidad moral suficiente para suministrar un hogar adecuado y estable a un niño, niña o adolescente “(...) debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública...”, que connota un modelo de sociedad y de país, y no a convicciones personales. Esto es, “(...) no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético...” (ICBF, 2016, p.32).

Así pues, tendríamos que es posible asociar este tipo de idoneidad a una que sea compatible con el sentir popular, que sería peligroso pues podría llegar a ser tiránico con las minorías; a una que sea predominante que podría evidenciar una tendencia de pensamiento o espiritual particular, que podría llegar a implicar una visión confesional, opuesta a lo propuesto por la Constitución; a una indiferente frente a cualquier modelo social y moral, en un intento porque prevaleciera la laicidad, que se considera no se podría sostener desde la Carta Política y su desarrollo, a partir de las interpretaciones de la Corte Constitucional; y finalmente, desde una visión plural que no implica necesariamente neutralidad frente a dios ni frente a un conjunto de valores, este sería el modelo pluri-religioso que se enmarca en la protección constitucional a dios, al *dios que responde a los valores de la ilustración*.

En consecuencia, siguiendo lo que al respecto señala el Lineamiento y dando contenido a este concepto de *dios ilustrado*,

el sistema de valores que funda el modelo de la sociedad colombiana se encuentra consagrado en los principios fundamentales, básicos y universales, de la Constitución

Política. Entre otros pueden enunciarse: la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia, la participación, el pluralismo, la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general (ICBF, 2016, p.32).

Este conjunto de valores proviene del derecho natural y se justifica en el mismo y es coherente, a su vez, con el concepto de Estado social de derecho; siendo entonces posible afirmar que la Carta Política, desde la aplicación de instituciones como la adopción y al dar contenido sustantivo a conceptos como la igualdad, logra evidenciar su apuesta constitucional que si bien de una forma apresurada podría valorarse como laica, al revisar a profundidad parece estar arraigada no en la neutralidad, sino en criterios sistémicos y extra-sistémicos cuyo origen es el derecho natural de corte racional e histórico y que sientan su fundamento en el preámbulo de la Carta con la protección de dios, un dios plural, el *dios ilustrado*, parte de la apuesta plurireligiosa.

En esta medida, el proceso de adopción debe probar la idoneidad moral y la idoneidad moral “debe garantizar que quienes pretenden adoptar, colombianos o extranjeros, ofrezcan al niño, niña o adolescente un entorno que posibilite y potencie su desarrollo integral acorde con los criterios éticos imperantes en nuestra sociedad” (ICBF, 2016, p.33). Estos valores, todos de corte ilustrada, implican entre otras cosas, la imposibilidad de otorgar esta idoneidad a cónyuges o compañeros permanentes que hayan tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción o estímulo a la prostitución de menores de edad, pornografía con menores de edad, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores de edad; condenas por trata o tráfico de personas; incurrido en la omisión del deber de poner en conocimiento la situación de abandono de un niño, niña o adolescente, y/o se ha permitido su permanencia en el hogar, sin ponerlo oportunamente en conocimiento de las autoridades competentes.

Finalmente, en el presente análisis no se podría dejar de lado la última norma que regula temas relacionados con la adopción y cuyo articulado modifica algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el código de la infancia y la adolescencia, y se dictan otras disposiciones, siendo esta la Ley 1887 de enero de 2018. En ella se evidencia un interés en acelerar el proceso de declaración del carácter de adoptabilidad que requieren los menores

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

para entrar en el proceso, pues el tiempo que dista entre el ingreso de los niños, niñas y adolescentes al sistema de protección proporcionado por el ICBF y el momento en que pueden entrar a un proceso de adopción ha sido históricamente muy largo lo cual ha llevado a que muchos menores pasen de estar en una condición de adoptabilidad sencilla, a una más compleja por su edad (Congreso de la República de Colombia, 2018). Esto incide en la necesidad de pensar la adopción como una de las medidas más importantes del sistema de protección y en la necesidad de estar dispuestos, no solo por la exigencia constitucional, sino como sociedad, en ampliar nuestro entendimiento sobre el concepto de matrimonio y de familia, para dejar de lado prejuicios e incorporarnos en un escenario en donde sea posible garantizar los derechos de los sujetos más vulnerables en el sistema, que no son otros que los niños, las niñas y los adolescentes.

En síntesis, la adopción al igual que el matrimonio conservaron elementos de la Carta de 1886 como su carácter contractual el primero y su carácter como medida de protección el segundo, pero los dos en el marco de la Constitución de 1991, impiden discriminar a actores como aquellos que detentan diversidad sexual o de género y que por su unión podrían conformar una forma de familia diferente a la heterosexual. Acerca de si esta conclusión permite afirmar que la apuesta constitucional colombiana es laica, la respuesta sería que no. Esto, en la medida en que lo que evidencia la construcción normativa y la interpretación constitucional es la no neutralidad frente a temas tales como los elementos identitarios que se relacionan con los derechos fundamentales y frente a la protección de los individuos, incluso sobre el interés de la mayoría que caracteriza a la Carta de 1991.

Adicionalmente, estas transformaciones en los temas del matrimonio igualitario y de la adopción, afianzan lo que se ha intentado probar a lo largo de la presente investigación y es que la Constitución colombiana no es laica pues no es neutral en términos de valores, principios ni en términos de la existencia de dios, simplemente es una apuesta más progresista y más liberal que la anterior que además, abrió paso a la desconfesionalización del estado, pero que aprueba y protege todas las visiones que sobre la divinidad pueden existir y que en algunos casos, continúa teniendo que pelear por rescatar una visión del mundo que reconozca la diversidad pues siguen existiendo prácticas y miradas que privilegian perspectivas

religiosas particulares y esto se hace presente en proyecto de ley, en discusiones políticas y en procesos públicos.

Capítulo 6. Colombia: entre la confesionalidad y la laicidad: ¿esquizofrenia confesional?

En este capítulo, se presenta la validación de la hipótesis y los aportes analíticos a partir de la información encontrada. En este sentido, se retomarán de forma narrativa las categorías analíticas que fueron expuestas y construidas a lo largo de la investigación. Se decidió dejar el título pues realmente la aplicación de la apuesta constitucional colombiana se debate constantemente entre los coletazos de la confesionalidad y una invitación constante por reconstruir e interpretar los valores desde el derecho natural racional-histórico y en función de los derechos fundamentales que es el escenario del *dios ilustrado*. ¿Qué implica esta ambivalencia? Al inicio de la investigación, hace ya varios años, se asumía la existencia de una sociedad civil profundamente contradictoria, incluso esquizofrénica, en términos de la construcción constitucional. Hoy se afirma que es precisamente este espacio de contradicción el que ha permitido pensar y entender a la pluri-religiosidad y al *dios ilustrado*, y el que le da identidad a nuestro sistema constitucional.

Luego de la aclaración realizada, el orden escogido para esta última presentación es el siguiente:

- Se presentan las categorías deductivas que surgieron en el desarrollo del estado del arte y del marco teórico y se retoma su construcción discursiva.
- Dichas categorías se articulan con las categorías inductivas que constituyen el eje y el hilo conductor de la presente investigación, siendo estas: el *dios ilustrado*, la *constitución creyente* y la *constitución pluri-religiosa*, todas ellas enmarcadas en el acontecimiento escogido que, como se ha mencionado en repetidas ocasiones, es la Carta Política de 1991.

- Finalmente se retoman las categorías inductivas que se desarrollan argumentativamente para probar su elaboración a partir del análisis elaborado y con su aplicación particular en el caso de la Constitución colombiana.

6.1. Sobre la historia constitucional y el derecho natural

A lo largo de la investigación se pudo evidenciar una relación entre la historia constitucional latinoamericana -y en particular la de nuestro país- y el derecho natural. En efecto, como menciona Marquardt es a partir de la constitución de la república boyacense de Tunja (1811) que el poder constituyente andino retoma la perspectiva iusnaturalista de la ilustración política, que implicaba una normatividad más allá del Estado, integrando además la perspectiva católica de Dios. Como se ve, la historia constitucional, desde sus inicios, está permeada de elementos propios del derecho natural y de la ilustración. Adicionalmente, estaba presente la idea de dios, que ha cambiado, pero no ha desaparecido, pues se ha tratado del dios católico hasta 1991 y del *dios ilustrado*, a partir de ese momento.

Con esto, se podría afirmar que se pretendía tener un dios ilustrado y católico y se fue afinando a lo largo del siglo XIX. Lo anterior, permite ver cómo la recepción y producción normativa responden a nuestra propia realidad cultural que ha estado profundamente anclada en el derecho natural. Este derecho natural no es el teológico ni puro, como no es pura nuestra adaptación teórica, siguiendo a Diego López con su hipótesis sobre la teoría impura del derecho y a Óscar Mejía cuando muestra cómo se ha desdibujado el estatuto epistemológico desde la Ilustración, dando lugar a construcciones normativas y a interpretaciones propias sobre el deber ser que se encuentra en la Carta Política.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Por ello, se afirma que el análisis realizado hasta el momento, permite hablar de nuestra construcción jurídica y constitucional como una que está enraizada en dios; un dios que por mucho tiempo respondió a una confesión particular, la católica, pero que, actualmente, no podría afiliarse a una religión particular. Por esto, se ha decidido hablar del *dios ilustrado*, ese dios es el que nos permite pensar en el derecho natural, no desde una referencia a la deidad en abstracto, sino concretando lo sagrado en términos de principios normativos y extra-normativos que guardan una profunda relación con ideas de justicia que se derivan de la violencia profunda que ha acompañado la construcción de Estado a lo largo de nuestro camino constitucional.

En otras palabras, los procesos políticos, sociales, económicos que ha enfrentado Colombia han determinado que no es posible tener una Constitución neutral en temas relacionados con dios ni con el discurso de los derechos fundamentales, pues este es el que nos permite pensar en una nueva constitución creyente en la que los valores y principios que se deben exigir y reconocer son aquellos que se producen en el marco de la razón y del desarrollo histórico. No sería posible concebir la apuesta constitucional colombiana sin considerar que dios sigue jugando un rol importante, incluso la religión católica está presente en eventos como la visita del papa Francisco que tuvo lugar a finales de 2017, en donde el Gobierno y el andamiaje estatal se movilizaron para que la visita papal fuera un hecho de trascendencia nacional y en situaciones como la elección presidencial acompañada de una celebración de carácter religioso, también en los procesos canónicos que se relacionan con el andamiaje militar.

En igual sentido, el *dios ilustrado* en términos de la historia constitucional y del derecho natural, también responde a ideas de justicia que giran en torno al individuo y a su autonomía y a las sueños e ilusiones de un deber ser que lo protegen. Por otra parte, es indudable la herencia positivista que nos ha acompañado, pero es nuestra versión del positivismo, nuestra interpretación de la corriente y su correspondiente adopción, que también nos lleva a repensar en el escenario latinoamericano como un espacio jurídico en

el que hay construcciones y producciones propias, de carácter jurídico y simbólico. En consecuencia, es posible afirmar que hay elementos teóricos y de análisis suficientes para afirmar que nuestra Constitución ha estado y está inmersa en el derecho natural y ha pasado de encontrar su fundamento en el iusnaturalismo teológico (Constitución de 1886) al iusnaturalismo racional-histórico (Constitución de 1991), pero sin dejar totalmente el teológico.

En consideración al planteamiento que se sostiene a lo largo de la investigación y particularmente a una de las categorías inductivas que se ha inferido de este desarrollo, es decir la de *dios ilustrado*, la versión de positivismo que se deriva de la Constitución de 1991 y que tiene como antecedente histórico y obligatorio la Carta de 1886 entiende que esta corriente da la posibilidad de regular normativamente planteamientos que, de otra forma, se quedarían en el mundo metafísico o del iusnaturalismo teológico y confesional. Así mismo, constituye otra estrategia, en apariencia más racional y con bases históricas, para que esas normas que evidencian o contienen los valores y principios en los que creemos puedan adquirir un blindaje contra presiones confesionales particulares. En este sentido, se afirma que la Constitución actúa como un blindaje frente al derecho natural y lo lleva a un plano más académico, políticamente correcto y por supuesto, más ilustrado. Así el dios de la ilustración, que se encuentra positivado constitucionalmente, es el que permite que el discurso de derechos que está plasmado en la Constitución de 1991, sea racional e históricamente relevante y además jurídica y procedimentalmente correcto.

Por su parte, no sería realista asumir que el cambio entre la Carta de 1886 y la de 1991 dio lugar a una Constitución laica en sentido puro o fuerte, pues desde el preámbulo de la Carta de 1991 se hace un llamado a la protección de dios. Tampoco sería posible afirmar que no hay elementos confesionales en nuestra forma de entendernos jurídicamente, como sería iluso asumir que Colombia continúa siendo un estado confesional atado solo a postulados católicos. Por eso en nuestra propia interpretación, es preciso acudir a categorías diferentes que permitan entender el rol del derecho natural y de la pluri-religiosidad como un invento progresista que habla del reconocimiento del

pluralismo pero con elementos propios de un estatus-quo que perpetúa la interpretación jerárquica y autoritaria del Estado y de la Iglesia católica en la Constitución, pero que ahora se enfrentan a un dios que establece límites: la protección y garantía de los derechos fundamentales que son los que definirían el alcance de las normas y de su interpretación que no es otra cosa que una construcción argumentativa.

6.2. Sobre la Constitución como herramienta jurídica y política

La norma fundamental, la Constitución, requiere, para ser entendida desde la modernidad de dos justificaciones la jurídica y la política; siendo entonces imposible entenderla sin asumirla como una guía social, un deber ser de carácter normativo y político. Cada justificación presenta elementos diferentes, pero, sin duda se puede afirmar que la Constitución cuenta con varios elementos que se pueden rastrear desde el derecho natural: el origen, justificación y legitimidad del poder constituyente y los derechos fundamentales. El poder constituyente que es de carácter político y se normativiza es concreto, pero se origina en elementos supra-legales porque de lo contrario no se podría justificar su fundamentación. Así, se asume que existe un poder constituyente – en el caso colombiano sería el pueblo – que da legitimidad a la Carta Política, y a su vez, la Carta Política le da al pueblo el poder constituyente.

Por su parte, los derechos fundamentales, como se ha señalado, requieren una justificación a-priori que les de valor como elementos inherentes e inalienables al individuo y ¿de dónde proviene dicha legitimidad en el caso colombiano y dónde se encuentra su fundamento y su carácter normativo? Del *Dios Ilustrado* y del derecho natural racional-historicista, pues solo la razón¹⁰⁰ y el desarrollo histórico han permitido superar esas

¹⁰⁰ La idea de razón constituye un reto en si mismo, pues podría entenderse como un elemento que proviene de la capacidad intelectual del ser humano, pero también como un acto de fé, pues es tan intangible como

justificaciones metafísicas, morales y confesionales que responden a posiciones particulares; a miradas del mundo que, aunque quieran, no pueden ser universalizables como sí lo pueden pretender los valores, principios y derechos que están en el derecho positivo pues la fuente jurídica de la que surgen es la ley que tiene el poder de producir derecho. La positivación de los anteriores cubre de legitimidad discursos morales particulares y permite que su lectura salga de la esfera del derecho natural, aunque sus raíces estén en él.

Por otro lado, vale la pena destacar que el carácter sagrado¹⁰¹ que desde la disciplina jurídica se le da a la norma fundamental, evidencia también la necesidad que se tiene de justificar todo el ordenamiento desde una jerarquía superior que permita darle legitimidad y poder; es decir que el ordenamiento jurídico debe responder a la norma

cualquier intento de explicar la presencia invisible de dios. En todo caso, se dejó hasta este momento el esfuerzo por definir la razón, pues es una categoría compleja que puede decir muchas cosas. Para el caso que ocupa al presente texto, la razón implica la realización de un esfuerzo en términos de producción y justificación de ideas. Es decir, implica ir más allá del plano de las opiniones y en esta medida, se podría considerar que cuando se realiza ese esfuerzo por justificar con hechos, con situaciones objetivas, con datos o con argumentos de autoridad, entre otros, se está haciendo uso de la razón. También se podría hacer un esfuerzo por entender la razón desde el punto de vista kantiano y de hecho, se acoge su propuesta cuando responde a la pregunta acerca de Qué es la Ilustración? En la que establece que: “La ilustración es la salida del hombre de su auto-culpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento, sin la guía de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro”(Kant, 1784), concepto que sirve además para dar contexto al *dios ilustrado*. Pese a ello, la razón desde el punto de vista del derecho implica entender que las normas obedecen a un proceso racional con pretensión de objetividad y que impiden que cualquier cosa sea legítima pues existe la capacidad de discernir que responde a criterios de diverso orden, como lo diría el derecho natural desde la corriente racional. Adicionalmente, las definiciones propuestas surgen de lo expuesto por autores como Weston, Anthony en su texto *Las Claves de la Argumentación* (Weston, 2003); Perelman, Chaim en su texto *El imperio retórico* (Chaim, 1997); Copi, Irving y Cohen, Carl en *Introducción a la lógica* (Copi, Irving y Cohen, 1995); Weston, Anthony en su capítulo titulado “Getting Started” en: *A practical companion to ethics* (Weston, 2001b) y Singer, Peter. “Ética Práctica” (Singer, 1995). En otras palabras, la razón es un ejercicio argumentativo y el argumento jurídico, como todo argumento, también implica un razonamiento moral, con contenido político, como lo exponen Alexy y Atienza en los textos que de su autoría fueron analizados y expuestos en la presente investigación.

¹⁰¹ Se hace uso de la palabra sagrado pues se considera que la simbología religiosa, puede ser aplicada a la *norma de normas*. Adicionalmente, como juego de palabras para hacer alusión al carácter creyente de la Constitución de 1991.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

fundamental para poder legitimarse y esta legitimidad tiene un elemento jurídico y uno político, el reconocimiento que de las normas da la Constitución, a través de las interpretaciones que de ellas hace el respetivo tribunal constitucional.

Por lo anterior, no es posible decir que la interconexión entre lo jurídico y lo político en la Constitución de 1991, y en ninguna, es simplemente una ficción, dado que es parte de su legitimidad, pero en el caso colombiano como en otros, se requiere entender cómo se da esta conexión para evidenciar la manera en que el Estado y los límites en su accionar, se van construyendo, de la mano de la garantía y justificación de los derechos que, como se vio en el caso de la igualdad y de la libertad, para su materialización requieren de elementos sistémicos y extra-sistémicos.

En efecto, las normas que hablan de derechos, no se pueden entender como normas estáticas que se auto-justifican simplemente por su regulación positiva. Tampoco se podrían entender como elementos abstractos que nada tienen que ver con los individuos y sociedades en donde se posicionan, sino como elementos que requieren de contenido material y que también son fundamentos del derecho mismo. Esto último implica entender que aquellos no son sólo consecuencia de la positivización del derecho sino de la necesidad de justificar el derecho desde pretensiones de orden natural como la justicia y la dignidad humana, cuyo contenido cambia históricamente y proviene de un desarrollo que hace pensar en el uso de la razón.

Por otra parte, es imposible desconocer que los valores y principios, así estén en constante disputa por ser objeto de desacuerdo y por ser cambiante su contenido y alcance, están presentes en las decisiones judiciales, particularmente en las de los tribunales constitucionales, cuya responsabilidad es mucho más grande porque protegen la norma constitucional y con ello el derecho, el Estado y su injerencia en la vida de los individuos, y lo más importante, a los individuos que sólo pueden entenderse como sujetos

de derecho, gracias a la dignidad humana y a los derechos regulados en nuestra Constitución y que adquieren fuerza gracias al *dios ilustrado*.

Por esto y aunque las leyes exijan no fallar desde valores y principios morales, ignorar su existencia – la de los principios y valores - no es una opción realista, pero se requiere de una determinación de reglas muy rigurosa para que estos fallos no sean desde el prejuicio y el interés del juez, sino desde la carta misma. Un ejemplo de ello, es el caso del desarrollo del bloque de constitucionalidad, en el que se ilustra cómo llevar al derecho parámetros que están por fuera del mismo y cómo aplicarlos en casos concretos, todo con la idea de proteger al individuo y de darle contenido a los derechos que posibilitan su existencia en ciertas condiciones.

Así pues, el *dios ilustrado* en la Carta de 1991 evidencia una pretensión política que muestra que la apuesta constitucional no es neutral en los temas de dios y que los derechos, y particularmente la libertad de cultos, no se limitan a un discurso, sino que su realización depende de condiciones de interpretación que responden al derecho natural pues no es suficiente con acudir a la norma ya que esta no tiene todos los criterios que se requieren para darles contenido material.

De otro lado es preciso señalar que acudir a la protección de dios en el preámbulo de la Constitución y establecer como derecho fundamental la libertad de cultos en la norma fundamental evidencian también una apuesta política que exige reconocimiento de todas las religiones, así como la posibilidad de su ejercicio público, elementos que no serían exigibles desde una apuesta constitucional laica; mostrando que el *dios ilustrado*, cuyo origen es el derecho natural, logra al estar en la Constitución, avalar una propuesta diferente y quizás más incluyente, la pluri-religiosa.

La Constitución de 1991 no es una Carta vacía neutral ni indiferente frente a los temas que se relacionan con dios y con la pluri-religiosidad, elemento fundamental, a su

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

vez, de la identidad de cada ser humano y de su definición cultural. En efecto, se trata de una Carta que aspira a la transformación, que aspira a la igualdad, a la aceptación de identidades religiosas y culturales diversas y que se encuentra anclada en valores y principios muy claros que se han traducido normativamente en los denominados derechos fundamentales.

Esos valores y principios que se han consolidado gracias al discurso de derechos humanos como consecuencia del uso de la razón y del progreso histórico, valores y principios propios del derecho natural racional-histórico, han constituido, a lo largo de más de 26 años, la apuesta de diferenciación entre la Carta de 1991 y la Carta de 1886, una *norma de normas* profundamente confesional y con una clara pretensión de impedir el cambio y de reificarse una y otra vez en el poder de un estatus quo que se daba por sentado y que se auto-legitimaba en la suprema autoridad del dios católico.

Como ya se mencionó, al realizar la genealogía de la historia constitucional y de los derechos fundamentales en Latinoamérica, se encontró que este es un espacio especialmente productivo para el desarrollo constitucional en términos de derechos fundamentales, soportados no sólo en el derecho positivo, sino en consideraciones morales y extra-normativas; por supuesto el caso colombiano ejemplifica claramente lo anterior. Adicionalmente, cuando se piensa en los derechos fundamentales, la referencia obligada en términos de principios y valores es la Ilustración, cuyas bases ius-filosóficas se han ubicado, a lo largo del presente texto, en el derecho natural de carácter racional-histórico.

Estos elementos se hacen visibles, incluso en los periodos más conservadores – siendo el imperio de la Constitución de 1886, el reino de la confesionalidad- de la historia constitucional colombiana. En efecto, se reafirma la idea, ya mencionada previamente, en la que se plantea que las constituciones y los catálogos de derechos evidencian el arraigo

filosófico al derecho natural desde lo teológico hasta los esfuerzos intermitentes de secularización y laicidad, amparados en el concepto de libertad e igualdad propios del republicanismo y del liberalismo, que además eran los canales para incorporar, paulatinamente a los grupos de creyentes previamente excluidos con la libertad de credos o con limitaciones a la igualdad ancladas a diferenciaciones de género, orientación política, étnica, entre otros criterios hoy en día impensables. En el presente texto, se considera que esta inclusión es un logro del derecho natural racional-histórico en contraposición al teológico.

Así mismo, se podría considerar que la importancia que el individuo, su autonomía y la propiedad privada, tuvieron en el proceso de constitucionalización y democratización Latinoamericanos, y particularmente en el caso colombiano, cuyo sustento se concebía en términos de valores supra-estatales que planteaban los límites al poder estatal, fueron los que permitieron establecer que el poder del Estado no era ilimitado. Es decir, el derecho natural ha actuado como un límite claro al poder estatal. Adicionalmente en el análisis histórico que se presentó, se hace evidente la importancia constitucional que se daba a Dios, incluso hasta afirmar que este Dios tenía la pretensión de ser entendido como un poder supremo ilustrado, el Dios de la Ilustración y esta ilustración que avanzaba y retrocedía, se anclaba en los derechos fundamentales que, si bien eran consagrados constitucionalmente, debían acudir a su fundamento fuera del derecho positivo escrito.

Ahora bien, el inicio de la transformación, del denominado en el presente texto como *el acontecimiento*, que es la Constitución de 1991, tuvo un momento fundacional que vale la pena retomar: La marcha del silencio, tratada previamente en este texto, en los términos de análisis de Julieta Lemaitre. Este momento simbólico sirve para mostrar el origen del *dios ilustrado* presente en nuestra constitución, pues era un llamado a la inclusión y a la esperanza en el derecho que son parámetros de nuestra Carta Política. Todo esto, sentó las bases para una Constitución diferente que, aunque no contenía una apuesta laica, había cambiado su carácter confesional hacía una visión propia, caracterizada por el reconocimiento de la diferencia y por permitir expresar la particularidad

religiosa o moral en escenarios públicos y privados. Así pues, se puede concluir que la apuesta constitucional colombiana, los valores y principios que la acompañan, son de carácter pluri-religioso, como pluri-religioso y pluri-cultural es el *dios ilustrado*.

6.3. Sobre la argumentación jurídica y la interpretación judicial desde el derecho natural

La argumentación jurídica y la interpretación judicial son formas de argumentación moral, como lo expone Atienza; y conforme a lo expuesto por Bordieu, está en el campo jurídico y responde a un contexto, que para efectos de lo que concierne a esta investigación, responde a criterios de derecho natural de carácter racional e histórico, y presenta elementos valorativos que no se pueden olvidar ni ignorar. En efecto, la justificación para poder usarlos tiene que sustentarse en la Constitución y como la Constitución al ser norma fundamental y norma política no se limita a lo que se encuentra escrito en ella, es preciso acudir a elementos extra-normativos propios del derecho natural, que son los que permiten su construcción argumentativa.

Esta situación, permite afirmar la tesis general del presente texto – que la Constitución es una carta creyente y que la apuesta constitucional es pluri-religiosa y no laica - y entender que en la argumentación jurídica el rol de quien hace las normas y de quien las interpreta, no es el de repetir formulaciones jurídicas sino el de darles contenido y justificación, a partir de ciertas reglas que se derivan de la norma fundamental y de las normas de derecho positivo que integran el sistema. Obviamente cuando hay casos difíciles se acude a principios y valores que se derivan de estas normas, así se encuentren fuera del ordenamiento jurídico, pero pensar que sólo están presentes en casos difíciles es ingenuo pues las normas encarnan valores y principios ya que los mandatos que presentan son imperativos y establecen siempre un deber ser.

Con lo anterior en mente, se podría elaborar una analogía argumentativa¹⁰² en la que se asume que si la argumentación jurídica es moral, el ordenamiento jurídico y las normas que lo conforman, particularmente desde su construcción interpretativa que se fundamenta en argumentos, es un ordenamiento moral. No obstante, sus normas, a diferencia de las puramente morales, tienen entre otras características tales como su carácter vinculante que imposibilita su incumplimiento, sin que de por medio este presente una sanción; y además, exige su cumplimiento en aras de promover la convivencia y valores como la dignidad humana y la justicia; criterios morales que han sido regulados por el derecho positivo. En síntesis, el derecho y los derechos son valorativos y la moral, entendida como el conjunto de valores y principios que guían el comportamiento de un grupo determinado (Weston, 2001a) y (Singer, 1995), hace parte de esta valoración.

En consecuencia, ni la interpretación ni la argumentación pueden ignorar los valores y principios que hacen parte del sistema jurídico de forma implícita y explícita (normativa y extra-normativa) y que son de orden moral. Por esto, es preciso reconocer el papel del derecho natural en la definición de ideas como justicia y dignidad humana, así como en la construcción de los derechos fundamentales y del poder constituyente, que no son estáticos y que responden a condiciones sociales particulares. No obstante, pensar en estos criterios, criterios de derecho natural, como fuente de derecho formal no es posible en el escenario del derecho contemporáneo, salvo que los mismos hagan parte de las normas positivadas. En el caso colombiano esta posibilidad se otorga en dos contextos: el del bloque de constitucionalidad y el del *dios ilustrado*. En todo caso, el hecho de que no sea posible entenderlos como fuente formal de derecho, no niega su existencia ni la apelación que desde el derecho se hace a ellos. Adicionalmente, el concepto de “fuente formal” también puede ser cuestionado en la medida en que las normas no tienen sentido sino cuando se leen e interpretan por quienes deben aplicarlas y en el tema que nos

¹⁰² Se considera que esta analogía no es una falacia de accidente ni de accidente inverso, pues se aclara que lo moral es sólo uno de los elementos de las normas, por esto, es posible decir que si la argumentación es moral, el ordenamiento jurídico contiene normas con contenido moral, pues este contenido solo se materializa cuando se interpretan y dicha interpretación responde a criterios, entre ellos, algunos de orden moral y otros político (Weston, 2003) y (Copi, Irving y Cohen, 1995).

concierno – al alcance de las normas de la Carta Política -, esto se concreta con los magistrados del tribunal constitucional.

Entonces, intentar separar el derecho de la moral resulta un esfuerzo innecesario que desconoce la realidad. El acto de argumentar jurídicamente es un acto humano y la decisión judicial como acto de seres humanos implica que un conjunto de valores y principios morales están en juego y tienen incidencia en nuestras decisiones. Como vemos, estamos frente a una petición de principio que implica que derecho y moral se implican recíprocamente y la justificación que se requiere para esta afirmación está en el derecho natural que permite darles a las normas ese ingrediente racional e histórico que se requiere. Ahora bien, este escenario también es el que le da fuerza al *dios ilustrado*, con parámetro fundacional de la necesidad de reconocer la libertad de credos y la apuesta constitucional de carácter pluri-religioso que enmarca la Constitución de 1991.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el derecho natural se pueda aplicar como argumento en cualquier situación o que cualquier decisión moral valga en el mundo del derecho; de hecho, las que han de valer requieren ser justificadas a partir de reglas estrictas y de formulaciones reguladas positivamente, como aquellas que se derivan del *dios ilustrado*; lo cual, como se viene señalando, no implica entender el derecho positivo como único sustento de la realidad jurídica.

En igual sentido, es importante tener en consideración que dado que el individuo, en términos de los valores de la Ilustración, es el eje de los regímenes constitucionales, se requieren otros elementos que permitan que sus derechos fundamentales sean garantizados, elementos que pueden o no estar en las normas escritas, pero que necesariamente requieren justificaciones, que van más allá de las normas mismas y cuyo fundamento subyace al derecho natural. El ejemplo claro en este sentido, lo expone Uprimny cuando habla de la necesidad de acudir al bloque de constitucionalidad para

entender que no necesariamente prima el interés general sobre el individual, cuando están en juego derechos individuales o de una minoría que puede llegar a ser silenciada por esa idea de interés general, de sentir popular, basado muchas veces en elementos profundamente anti-democráticos.

6.4. Sobre la laicidad

Esta categoría se entiende, en la presente investigación, como una ficción, como una impostura jurídica y como un arma de doble filo, que habla en nombre de la libertad pero que la limita y que pretende darle el marco de neutralidad a la Constitución - y al Estado -, para evitar ligarlo a visiones confesionales y morales particulares. ¿Cuál es el riesgo de aplicar o de asumir que Colombia es, en abstracto, un estado laico? Que la laicidad, como se deriva del caso francés, implica que la identidad religiosa debe ser neutralizada en el escenario público. Por su parte, una apuesta como la pluri-religiosa exige que en el escenario público puedan exponerse visiones religiosas opuestas o antagónicas y que la identidad de quienes la detentan pueda ser expresada.

En el caso constitucional colombiano, no se podría exigir que se acaben los símbolos religiosos que acompañan muchos de los escenarios públicos –vg. las ceremonias religiosas que acompañan la elección presidencial y las cruces expuestas en oficinas públicas y despachos notariales o la idea del derecho canónico que está presente en las Fuerzas Militares - pues se apela a la protección de dios en la Carta Política. Sin embargo, se podría cuestionar si estos símbolos y ceremonias religiosas tienen que ser de índole católica o si por razones católicas, instituciones como el matrimonio y la adopción igualitaria podrían ser prohibidas. A esta pregunta se ha respondido, en la presente investigación, de forma negativa. Ello, pues el concepto de derechos fundamentales y la existencia del *dios ilustrado*, han permitido que dichas instituciones sean interpretadas, por la Corte Constitucional y por otros órganos públicos como el Congreso al archivar el proyecto de la exsenadora Viviane Morales, como escenarios para alcanzar la igualdad

material para minorías como las familias homo-parentales (con el matrimonio y la adopción) y monoparentales (con la adopción).

En otras palabras, un dios que tiene que garantizarse para todos desde principios y valores que no son teológicos, como lo es el *dios ilustrado*, no permite miradas religiosas particulares en la interpretación de instituciones jurídicas. ¿Y es este un paso y un elemento que muestra la laicidad en la apuesta constitucional colombiana? No necesariamente, pero sí es un elemento que evidencia que la pluri-religiosidad es una garantía que permea escenarios de la vida de los individuos que van más allá de lo religioso y que exigen, en el caso constitucional colombiano, que la igualdad prime incluso sobre el sentir popular y frente a esa construcción peligrosa que es la idea de interés general, entendida en este escenario, como una herramienta para asociar esquemas de pensamiento particulares que pueden anular a individuos y minorías específicas, como ocurriría con el matrimonio y la adopción igualitaria, si nos quedáramos con ideas como que la sociedad colombiana es primordialmente católica o que porque el matrimonio tuvo un origen canónico, entonces no es posible que una pareja homosexual logre unirse a través de dicha institución o con ideas de lo natural que impedirían aplicar a padres no unidos heterosexualmente, a la adopción.

En el contexto presentado, la laicidad no podría entenderse sólo como la forma constitucional que evidencia la separación entre una iglesia determinada y el estado, o como una apuesta en pro de la garantía de la protección a la libertad de credos y de la pluralidad. Se considera, por el contrario, que la laicidad podría evitar que la Constitución tome partido y para ello, utiliza la neutralidad logrando, con ella, in-visibilizar identidades particulares y creencias. En otras palabras, la laicidad bajo la apariencia de neutralidad hace que todos los individuos queden sumidos en una especie de “velo de ignorancia” en términos rawlsianos; en el caso particular de carácter religioso. Esta situación suena bien como intento abstracto para garantizar la libertad, pero en términos concretos evidencia un sesgo negativo frente a quienes quieren mostrar su identidad religiosa. La laicidad

entonces es una categoría político-jurídica que permite atribuirle a la Constitución neutralidad moral y como se ha afirmado a lo largo del presente texto, éste no sería el calificativo de nuestra Carta Política pues no sólo evidencia en el preámbulo la no neutralidad en temas de dios, sino que promueve la libertad de credos, como un elemento de la identidad y de la dignidad humana.

Para concluir entonces, se tiene que en los preámbulos de las constituciones de 1886 y de 1991, hay referencias a dios, que muestran uno de los elementos del deber ser del estado y de la apuesta constitucional. En la primera, la de 1886, la apelación a dios le daba carácter confesional a la norma fundante, pues se entendía que la divinidad era fuente suprema de toda autoridad y que esta divinidad era de origen católico pues esta era la religión del Estado colombiano. Por su parte, en la segunda, la de 1991, se invoca su protección de forma genérica, situación que evidencia un cambio trascendental, pero que no determina la laicidad de la norma de normas ni del Estado. Eso sí, esta apelación permite pensar en la existencia de otra categoría: la pluri-religiosidad, que sería la que da cabida a entender que el dios del que habla la Carta no es confesional, sino que, de conformidad con los derechos fundamentales y particularmente con la libertad de credos, es un dios que para existir está inmerso en un mundo de principios y valores que no podrían ser opuestos a aquellos en los que se inspira el proyecto ilustrado, por esto se denomina *dios ilustrado*.

No se podría dejar de señalar que el discurso propuesto está acompañado además de una premisa y es que en ninguna parte de la Carta Política se habla explícitamente de la *laicidad* y en la muestra jurisprudencial estudiada, esta categoría tampoco se deriva de la interpretación ni de los valores y principios que están presentes en la argumentación. Sin embargo, es claro que el derecho natural de índole racional e histórico, así como los derechos fundamentales y el principio de dignidad humana hacen de la Carta una norma, cuyo alcance no puede ser determinado solo desde el derecho positivo, pues se trata de una Constitución en la que el reconocimiento y la protección a la diferencia es fundamental y que no se contenta con la aplicación formal y exegética de la prevalencia del interés

general, sino que requiere entender quiénes son los grupos que requieren protección, como ocurrió en el caso del matrimonio y de la adopción igualitaria.

6.5. Sobre el reconocimiento de la pluri-religiosidad y la laicidad en la Carta de 1991¹⁰³

Como pluri-religiosa se decidió entender en la presente investigación, la apuesta constitucional de 1991, pues la misma evidencia un intento serio por separarse de las visiones y el deber ser anclados a la autoridad suprema del dios católico, como ocurría en la Carta de 1886. Esta apuesta, sin embargo, no solo **no es** indiferente frente a los temas de dios, sino que incluye su protección genérica en el preámbulo, norma con carácter y valor constitucional como cualquier otra de aquellas consagradas en la Carta Política. Por su parte, el artículo 19 habla del reconocimiento de la libertad de credos (República de Colombia, 2012), lo cual una vez más evidencia que Colombia cuenta con una constitución creyente que avala pluralidad de visiones morales, reconociendo dios está presente en su ser y sentir.

En este contexto, por ejemplo, en la intervención del Procurador General de la Nación - en su momento Edgardo Maya Villazón -, frente a la Sentencia C-814/01 del MP. Monroy Cabra, Marco Gerardo, establece respecto al alcance de la pluri-religiosidad, que:

(...) la moral adoptada por la Constitución de 1991 se refiere a una moral social o administrativa, pero en manera alguna a un determinado tipo de valoración de los comportamientos que se derive de una concepción ideológica específica o de una tendencia religiosa determinada. Ello se aviene con la circunstancia que el

¹⁰³ A pesar de la reiteración en algunas ideas, en este acápite, se consideró pertinente dejarlo, para ver el grado de análisis, pues en cada categoría se va reduciendo la perspectiva que pretende ir de lo general a lo particular.

constituyente de 1991 estableció el respeto por la multireligiosidad y suprimió la orientación católica que había sido impuesta por la Carta del 86.

“No hay pues invocada, en la Constitución de 1991, ninguna forma de moralidad religiosa, razón por la cual la referencia que se haya en la ley a la moral, no puede ser hecha en el marco del nuevo ordenamiento constitucional, en nombre de religión alguna, so pena de constituirse dicha referencia en una discriminación en contra de los demás credos o confesiones religiosas.”(Maya, 2001)

La anterior referencia nos permite, además, pensar en que la pluri-religiosidad, al ser interpretada, puede ser entendida como una apuesta que no avala el escepticismo ni la neutralidad moral, pero sí la necesidad de entender que el derecho no debe ser valorativo en su definición ni asumir posiciones morales particulares. Por otro lado, se considera que también sería ingenuo asumir que más de un siglo de prevalencia de una iglesia tan fuerte como la católica deja de tener importancia o se transforman simplemente porque una norma escrita dice que ya no se considera la religión imperante y que pese a los avances, los cambios muestran que la iglesia católica dejó de tener un rol predominante. Por el contrario, su reconocimiento como iglesia con poder continúa evidenciándose en normas como el Concordato y la Ley 133 de 1994, cuando establece en su artículo 22 que

El Estado continúa reconociendo personería jurídica de derecho público eclesiástico a la Iglesia Católica y a las entidades erigidas o que se erijan conforme a lo establecido en el inciso 1 del artículo IV del Concordato, aprobado por la Ley 20 de 1974. Para la inscripción de éstas en el Registro Público de Entidades Religiosas se notificará al Ministerio de Gobierno el respectivo decreto de elección o aprobación canónica (Congreso de la República de Colombia, 1994).

Entonces es posible plantear que en Colombia sigue existiendo un reconocimiento normativo especial para la Iglesia Católica, incluso sobre el que existe frente a otras iglesias y credos. Sin embargo, la apuesta constitucional de 1991, por oposición a la de

1886, consiste en contar con la protección de otro tipo de dios, el acá denominado *dios ilustrado*, que abre el espacio para el reconocimiento de otras iglesias y de otras religiones que se pueden expresar en igualdad de condiciones a la católica, aunque es esta iglesia, son esos ritos los que siguen estando presentes en algunos espacios de la rama ejecutiva, de la legislativa y porque no, de la judicial. Pero ¿qué implica entonces que la apuesta constitucional sea pluri-religiosa? Implica, sobre todo, que existe un espacio constitucional para expresar las creencias y no que, como se supone que ocurre en estados laicos, la idea con lo público es que en este escenario las creencias sean neutralizadas.

Ahora bien, sobre la laicidad, es preciso entender que la tendencia de interpretación constitucional está dirigida a su reconocimiento, pero esta intención hermenéutica requiere entender la Carta íntegramente y para esto es imposible desconocer que la presencia de dios hace parte de la Constitución; es decir, nuestra Carta no es neutral ni es laica, es una Carta creyente pero incluyente. Por supuesto, estamos hablando del reconocimiento a creer en cualquier dios y de la protección de uno que exige incluirlos a todos, pues reconoce la pluri-religiosidad con el límite de vulnerar los derechos fundamentales, único límite que podría imponer el *dios ilustrado*, que cuenta con una autoridad y un poder diferente al del dios católico o al de cualquier deidad ligada a una religión particular, aunque la misma quiera ser incluyente.

Al respecto, se puede acudir al derecho positivo y retomar la Ley 133 de 1994, que en su artículo 4 establece el alcance de la libertad de credos – de religión y de cultos - y que señala que tiene como único límite la protección de los derechos de los demás al ejercer sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la protección de la seguridad, la salud y la moralidad pública, que son elementos del orden público en una sociedad democrática. Y, como ya se mencionó, en el artículo 5, se excluyen de la protección actividades que van en contravía con elementos fundantes de la religión – elementos que son propios del derecho natural, ahora sí de corte teológico o racional o histórico - y que, según los términos de la ley, son aquellos relacionados con prácticas

psíquicas o parapsíquicas, satanismo, magia, supersticiones o espiritismo, entre otras (Congreso de la República de Colombia, 1994). Todas estas actividades se consideran no aceptables porque se asume que las mismas podrían atentar contra los derechos fundamentales que protegen la Carta y el *dios ilustrado*, comenzando con el principio de dignidad y siguiendo con el derecho a la igualdad y de allí, con todos los demás derechos humanos que incluye el bloque de constitucionalidad y que deben salvaguardar los guardianes de la Carta.

Por otro lado y en relación con la idea de laicidad, también se encuentra pluralidad de visiones y visiones encontradas en el escenario jurisprudencial. Hay sentencias de la Corte Constitucional como la Sentencia C-350/94, del MP. Alejandro Martínez Caballero (CConst, 1994b) que interpreta la Carta como una apuesta laica. Hay otras como la C-224/94 del MP. Jorge Arango Mejía (CConst, 1994a) que hablan de la importancia que tiene para el pueblo, la moral católica; no sobra señalar que, curiosamente, las dos sentencias citadas que presentan posiciones opuestas son del mismo año y las dos decisiones son de constitucionalidad. Por esto, es posible pensar que para poder entender la apuesta constitucional colombiana no es suficiente con las declaraciones jurisprudenciales frente a la laicidad, que en efecto las hay, sino que, para entender la Carta íntegramente es imposible desconocer que la presencia de dios, de un dios diferente pues incluye todas las identidades religiosas, es un elemento fundante de la Carta Política.

Respecto a la C-350/94, vale la pena traer a colación algunos de sus apartes, pues con ella, se des-consagra el estado colombiano al Corazón de Jesús, siendo este uno de los intentos por evidenciar que la Carta de 1991 daba fin a la confesionalidad. En este sentido, dicha jurisprudencia estableció que:

No vulnera la Constitución que la Iglesia Católica efectúe la celebración religiosa del Sagrado Corazón de Jesús y que en ella puedan participar todas las personas, de acuerdo con sus creencias. Pero ahora tal ceremonia no tendrá un carácter oficial sino estrictamente religioso. Y como es natural, ceremonias de similar

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

naturaleza pueden ser también efectuadas por otro tipo de congregaciones religiosas (CConst, 1994b).

Por su parte, la misma decisión de 1994, expuso que mientras la Constitución de 1886 garantizaba la libertad de cultos subordinándola a la moral cristiana, la de 1991, optó por liberalizar dicha la libertad de culto, dando lugar a considerar que haya cultos religiosos que no sean conformes a la moral cristiana, también con carácter constitucional. Así mismo, expuso que la Constitución de 1991 tiene carácter pluralista, del cual el pluralismo religioso es uno de sus componentes más importantes. En igual sentido manifiesta la decisión jurisprudencial que

la Carta excluye cualquier forma de confesionalismo y consagra la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones religiosas, puesto que la invocación a la protección de Dios, que se hace en el preámbulo, tiene un carácter general y no referido a una iglesia en particular. Esto implica entonces que en el ordenamiento constitucional colombiano, hay una separación entre el Estado y las iglesias porque el Estado es laico; en efecto, esa estricta neutralidad del Estado en materia religiosa es la única forma de que los poderes públicos aseguren el pluralismo y la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas (CConst, 1994b).

En términos de la presente investigación, el análisis señalado evidencia la apuesta constitucional pluri-religiosa no la laica, pues, aunque se hable de la estricta neutralidad del Estado en materia religiosa, la misma no se exige en términos del ejercicio de la identidad religiosa de cada ser humano y es precisamente desde los individuos que se expresa la libertad de cultos y de religión. Por esto, se exige igualdad, se impide un trato discriminatorio para los individuos que expresen su identidad en términos de creencias, pero no es posible decir que, por ello, la apuesta constitucional es laica.

Ahora bien, la decisión jurisprudencial en mención elabora un planteamiento para entender la Constitución como laica y dice que cualquier otra interpretación sería una contradicción lógica y que, por ello, no era necesario que hubiera una norma expresa sobre la laicidad del Estado. Es decir, que el solo reconocimiento del pluralismo religioso es equivalente a afirmar la laicidad de la apuesta constitucional.

Sin embargo, es precisamente el reconocimiento a esa pluralidad religiosa, unido a la invocación genérica a la protección de dios, la que desde esta investigación permite afirmar que la apuesta constitucional colombiana no es laica ni confesional sino pluri-religiosa. Ello, porque no es posible hablar de la neutralidad de la Constitución en asuntos de dios. Como se viene afirmando, se está frente a otro dios, el *dios ilustrado*, que es aquel que se construye desde el iusnaturalismo racional-histórico y que es el que permite hacer de la Carta Política, una norma de derechos; una norma que protege a los individuos, a partir de los derechos fundamentales y una norma que tiene que ser salvaguardada de los abusos, que incluso el sentir popular, quiera hacer para limitarlos.

Por otro lado y quizás más importante que lo señalado hasta el momento, sería aclarar que asumir la laicidad como si fuera el camino hacia una apuesta más progresista, más liberal y más igualitaria, por la supuesta neutralidad que la caracteriza, estaría ignorando las implicaciones fácticas de esta construcción jurídico-política; pues la laicidad lejos de permitir la expresión de las creencias y religiones en igualdad de condiciones, condiciona dichas expresiones al ámbito privado y prohibir o excluir del ámbito público que puede ir desde los escenarios educativos hasta la forma de casarse, pues como ya se ha dicho varias veces el matrimonio es una institución de origen religioso que se ha regularizado jurídicamente, puede llegar a ser un acto anti-democrático porque le exige al individuo dividir su identidad y darle a uno de sus elementos fundantes – la moralidad, las creencias, la religión – el carácter de interno cuando para su ejercicio pleno se requiere su expresión pública.

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Esa supuesta neutralidad y carácter progresista de la laicidad es precisamente, la impostura jurídica de la que se habla en la introducción del presente trabajo cuando se propone la hipótesis de la investigación, pues la laicidad parece, en apariencia y es intencional la redundancia, una idea libertaria, cuando su ejercicio anula, o pretende sumir en un supuesto velo de ignorancia la libertad religiosa, que en la apuesta constitucional colombiana, se reconoce plenamente y se puede ejercer libremente en cualquier escenario. En consecuencia, la Carta Política colombiana no está hablando de una apuesta laica, sino de una que tiene una pretensión mucho más incluyente: la pluri-religiosa que no es neutral ni pretende serlo en temas de dios y que invoca la protección de sus principios y valores, invocando al dios, al *dios ilustrado*.

Es por lo anterior, que el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional, logra exigir el matrimonio y la adopción igualitarias, pues no puede tolerar la existencia de uniones de diferente estatus para las diferentes formas de familia, ni puede excluir tipos potenciales de familia, por las creencias religiosas, pero sí permite que cada individuo y que cada familia exprese libremente sus creencias en el marco de protección del *dios ilustrado*, es decir, en el marco de la protección de los derechos fundamentales, que requiere de las normas tanto como de otros criterios de carácter supra-normativo, que se integran al sistema gracias al bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, en la Sentencia C-224 de 1994, también mencionada para revisar con perspectiva el escenario jurisprudencial presentado en este acápite, se analiza la constitucionalidad del artículo 13 de la ley 153 de 1887, que establecía que: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva" (CConst, 1994a) . La Corte en esta decisión declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887, al entender que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social". Pese a esta decisión, hay un salvamento de voto, que plantea un importante contra-argumento frente a la idea de entender la moral general como moral cristiana, al establecer que:

la utilización del principio normativo de las mayorías no tiene sentido cuando se aplica a un ámbito social e individual en el cual la Constitución postula la libertad. Al aceptar la diversidad moral se descarta toda diferenciación fundada en la legitimidad de las mayorías. La aceptación del pluralismo - incluso político - entraña el derecho igual de todas las manifestaciones a participar. Esta igualdad cultural, política o moral, no desconoce la posibilidad de que en un juego político alguna de ellas adquiera mayor legitimidad que las otras. Sin embargo, dicha legitimidad es posterior y no afecta de ninguna manera el derecho de las minorías a mantener su propia entidad y a no confundirse con los vencedores (CConst, 1994a)

Retomando el planteamiento de la Sentencia en mención, en ella se establece que no se puede negar la relación entre la moral y el derecho y que las normas jurídicas, en algunos casos, tienen en cuenta la moral vigente, mostrando con esto la presencia del derecho natural y la necesidad innegable de acudir a otros criterios diferentes a las normas mismas para entender su alcance y para poder proteger la Carta de forma integral. Afirma la Corte que siempre existe una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia y de esta forma, la moral no es individual, sino que tiene carácter social, aunque las valoraciones provengan de los individuos

Así pues, establece la Corte que la referencia hecha en el artículo 13 de la norma objeto de análisis de constitucionalidad, a la moral cristiana, no implica un privilegio para esa moral frente a otras; sino que se refiere a uno de los elementos constitutivos de la costumbre,

la " opinio juris", según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Entendida la expresión "moral cristiana" como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular (CConst, 1994a).

Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o pluri-religiosidad en el caso Colombia

Por otro lado, afirma la Corte en la misma decisión examinada que la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana. Al respecto, menciona que

El hecho de haber desaparecido del preámbulo de la Constitución la referencia a la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como "la de la nación" y como "esencial elemento del orden social", no trae consigo un cambio en la moral social. Apenas ratifica la separación de la Iglesia y el Estado. No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías (CConst, 1994a).

En síntesis, se tienen dos escenarios constitucionales diferentes, el de la Constitución de 1886 que concebía al Estado como confesional, al establecer a dios como fuente suprema de toda autoridad, a la religión católica como la oficial y esta misma, considerándola elemento esencial del orden social; siendo posible que regulara aspectos como el matrimonio y la educación básica. En relación con las libertades públicas, su regulación quedaba atada a los límites de la ley, de conformidad con los criterios de la moral cristiana y del orden público, no siendo posible diferenciar lo jurídico de lo moral religioso. Con la Carta de 1991, dios ya no es fuente suprema de toda autoridad y su protección es genérica y parte del reconocimiento de la diversidad religiosa.

En la Carta de 1886 hay una mirada propia del iusnaturalismo teológico, en la Carta de 1991, de forma novedosa, hay una mirada propia del iusnaturalismo racional-histórico, que se enmarca en la idea de la dignidad humana que debe mucho al derecho natural, del que hereda la idea de que todo individuo tiene valor como ser humano y como dice Lemaitre, esta premisa constituye el emblema de la religión secular, de la democracia liberal y el fundamento moral del derecho (Lemaitre Ripoll, 2009).

6.6. Sobre el bloque de constitucionalidad

La posibilidad de entender la Carta Política de manera integral, a partir de la inclusión de elementos extra-normativos y de las normas de carácter internacional en materia de derechos humanos que no están explícitamente en la Constitución, la otorga, el denominado bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad evidencia cómo los criterios extra-normativos, incluso aquellos que se consideran regulados o normativizados pero que no hacen parte explícita de la Carta son parte del escenario que propone el derecho natural y en ese sentido son terreno para legitimar al *dios ilustrado*.

Nuestra Carta Política apoya la construcción del bloque, a partir de los artículos 53, 93, el 94 y el 214. Bajo este contexto desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, este órgano utilizó los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones y así aplicar un concepto de justicia mucho más integral. Así pues, el bloque de constitucionalidad se consolida como un parámetro que, desde el derecho natural racional-histórico, cobra fuerza jurídica para hablar de aquellos derechos que se tienen que considerar en cualquier normatividad, así no estén explícitamente regulados.

Para efectos de las dos hipótesis centrales del texto, es decir que Colombia es un estado pluri-religioso por oposición a uno laico y a uno confesional y que la Constitución colombiana está permeada por el derecho natural, el bloque de constitucionalidad da lugar a pensar en rastros de la pluri-religiosidad y del derecho natural, a partir de las siguientes normas, que además son el suelo sobre el que camina *el dios ilustrado*: El Preámbulo, el articulado constitucional, los tratados sobre límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por el país que reconocen derechos intangibles, los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando sea sobre derechos reconocidos en la Carta y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales, como lo explica Uprimny a lo largo del análisis que de sus textos se ha expuesto en el presente texto.

El análisis de Uprimny sobre el bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2001a), permite entender que la Carta Política no se limita a lo que dicen sus normas, sino que el contenido e interpretación de las mismas en términos de derechos humanos y de derecho humanitario, va más allá, *incorporando principios normativos internacionales y extra-normativos*, elementos que se construyen a partir del discurso racional y de la historia, que cobra sentido en la Carta y que se legitima gracias al *dios ilustrado*.

6.7. Desde el iusnaturalismo racional-histórico hasta el iusnaturalismo ilustrado: la apuesta por el dios ilustrado

El dios que se deriva de la CP de 1991 es uno que se basa en los derechos fundamentales, gracias al proceso de Ilustración, al liberalismo y a la razón. No por ello, deja de ser un protector que va más allá del derecho positivo, pero se consagra y conserva su razón de ser, precisamente por estar en normas positivas como el preámbulo y el artículo 19 de la Carta. Este dios es liberal y progresista y se legitima en los parámetros que la misma Carta dispone. Este dios, el *dios ilustrado*, le sirve a la Constitución de 1991 para abrir un espacio de interpretación y protección de su propia esencia.

El *dios ilustrado* también sirve como freno frente a interpretaciones, propuestas y afirmaciones que se quieren valer de su existencia para retroceder hacia la confesionalidad, como aquellas que se han mencionado en este texto: el caso del referendo de Viviane Morales y el caso de los manuales de convivencia. Así mismo, el *dios ilustrado* tiene que dar luces para que los jueces del Tribunal Constitucional logren entender cómo valorar jurídicamente los decretos emitidos por los alcaldes de Yopal y

Aguadas, cada uno con sus profundas diferencias¹⁰⁴ y tiene que re-contextualizar ideas como la del presidente Santos cuando mencionó que

Hay una Constitución mucho más poderosa, mucho más rica y mucho más inspiradora. Es la Biblia, lo que dice la Biblia, si cualquier gobernante se guía por ella, hará un buen gobierno, le entregará a su sucesor un mejor país y ese ha sido también una fuente de permanente inspiración, en mi caso (Revista Semana, 2018)

En consecuencia, resulta necesario afirmar que la lucha del *dios ilustrado* y de sus guardianes, los magistrados de la Corte Constitucional, es seria y difícil, pues para proteger las creencias tiene que lograr incluirlas a todas en igualdad de condiciones. En igual sentido, requiere, de forma permanente, justificar su existencia más allá de un credo particular, pues su razón de ser es garantizar los derechos fundamentales so pena del sentir popular e incluso actuando como freno frente al poder del mismo, que se disfraza en la voluntad popular y en la voluntad del pueblo para justificar propuestas profundamente anti-democráticas como las mencionadas previamente.

El gran riesgo que enfrenta el *dios ilustrado* y la apuesta constitucional pluri-religiosa basada en el derecho natural racional-histórico que acompaña la Carta de 1991 radica en que el poder del pueblo, que es el constituyente primario, se confunda con el

sentir popular y puedan llegar a aprobarse propuestas que se derivan de este sentir, como la del referendo de Viviane Morales¹⁰⁵ o como la de los manuales de convivencia.

¹⁰⁴ El primero difícil de sostener desde nuestra Carta Política, no solo por haber sido aprobado por una alcaldesa encargada sino porque refleja una postura religiosa particular, fácilmente debatible desde el reconocimiento en igualdad de la libertad de cultos y religiones. El segundo, más interesante y complejo, en la medida en que se basa precisamente en la libertad de credos para justificar su existencia y prohibirlo sería lo mismo que negar la posibilidad de ejercer plenamente el derecho a expresar las creencias religiosas. Si es eso lo que se quiere, ya se ha mostrado cómo operaría la laicidad para prohibir la expresión en aras de garantizar el velo de ignorancia como condición para igualar e in-visualizar la fe. Desde la perspectiva de la presente investigación, se considera que el primer decreto no es válido en términos del contenido e incluso se podría cuestionar su validez formal. Con respecto al segundo decreto, considero que en una interpretación que sea conforme con el preámbulo, la pluri-religiosidad y el *dios ilustrado* y dado que su alcance es simbólico se podría considerar válido formalmente. Sin embargo, su aceptación como tal, podría comenzar a evidenciar una mirada que privilegia a un dios sobre el *dios ilustrado* y en esta medida, cuestionaría su validez material.

¹⁰⁵ ¿Qué habría dicho la Corte Constitucional sobre la validez de la convocatoria al referendo (si el Congreso lo hubiera aprobado)? ¿No lo habría declarado inválido en su procedimiento por sustituir a la Constitución, es

En el segundo caso, el riesgo está latente pues se anuló el espacio del debate y ahora se ha plasmado en el imaginario colectivo la idea de la existencia de una supuesta ideología de género que hará que los menores de edad sean, supuestamente educados en orientaciones sexuales poco adecuadas, asumiendo que es posible educar en la escogencia de asuntos íntimos con este. Pero este no es el tema de la presente investigación y no se profundizará ahora en el mismo.

El primer caso, el del referendo de Viviane Morales sobre la adopción de menores por parte de parejas no heterosexuales, aunque se archivó en la Cámara de Representantes, como se ha repetido en varias ocasiones en el presente texto, sirve para una última reflexión, que se concreta en una pregunta que se intentará responder en el siguiente literal, el último de la presente tesis y del presente capítulo: ¿es posible matar al *dios ilustrado*? ¿en qué escenario constitucional quedaríamos si eso ocurre? Ahora, se pasará a intentar brindar una posible respuesta frente a estas dos preguntas y con esto, además, se cerrará la investigación.

6.8. Sobre la muerte del dios ilustrado

¿Qué hubiera pasado si el referendo de la entonces senadora Viviane Morales hubiera sido aprobado en el legislativo, particularmente en la Cámara de Representantes? ¿Qué debería hacer la Corte Constitucional? ¿Podría pronunciarse sobre el contenido de la ley que reformaría el artículo 42 de la Carta Política o solo sobre los vicios de forma o de procedimiento que se derivaran de su aprobación? El *dios ilustrado* y sus sacerdotes,

decir, por “matar al dios ilustrado”? Estas son las preguntas que se revisaron en el último acápite de este capítulo, pues evidencian el riesgo que habría si se llega a aprobar un proyecto como estos, pues si se llega a asumir que se sustituyó la Constitución 1991, también habría que asumir que el *dios ilustrado* murió y con él la apuesta constitucional pluri-religiosa y la apuesta de derecho natural racional-histórica o ilustrada como se quiso denominar al final de la presente investigación.

figura retórica para hablar de los magistrados del Tribunal Constitucional, se encuentran en constante amenaza por el poder que se deriva del sentir popular y que se evidencia, sobre todo en el ejercicio del Congreso en la formación y aprobación de leyes, pues este órgano está conformado por personas elegidas popularmente. La tensión también se evidencia desde el ejecutivo, como ocurrió con los dos decretos emitidos por los alcaldes de Yopal y de Aguadas, consagrando los territorios al poder de “nuestro señor” o de “nuestro señor Jesucristo”.

Así pues, lo primero que habría que aclarar es que, conforme a la Constitución Política, a la Corte Constitucional, se le confía “**la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución**” (subrayado fuera del texto original), en los estrictos y precisos términos del Artículo 241 (República de Colombia, 2012). Respecto a los referendos, señala en su numeral 1 que “decidirá sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (República de Colombia, 2012).

Así mismo, el numeral 2 del mismo artículo, establece que podrá, “decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (República de Colombia, 2012). Para terminar, el numeral 3, del Artículo 241, precisa que la Corte decidirá “(...) sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización” (República de Colombia, 2012).

En síntesis, se tendría que, si el referendo hubiera sido aprobado en el legislativo, la Corte Constitucional tendría que determinar en cuál de las tres hipótesis establecidas en el Artículo 241 cabría su revisión. Las tres posibilidades serían: 1. Sobre vicios de procedimiento en la formación del referendo, cuando el mismo presente una demanda de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la Constitución; 2. Sobre vicios de procedimiento en su formación, con anterioridad al pronunciamiento popular, acerca de la

constitucionalidad de la convocatoria del referendo o de la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; y 3. Sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, caso en el cual es posible asumir que se podría revisar el contenido sustancial del referendo, pues solo se habla de revisión de vicios de procedimiento en su convocatoria y realización en el caso de plebiscitos¹⁰⁶.

De esta forma, teniendo en cuenta que el propósito del referendo en cuestión era convocar a un Referendo para someter a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional para consagrar la adopción de menores solo por parejas conformadas por hombre y mujer. Conforme a lo anterior, se pretendía que, a partir de considerar la adopción como una medida de protección de los menores – que es la definición que se deriva de la figura normativamente, es decir, no se decía nada nuevo al respecto -, debería garantizarse a los menores el derecho a tener una familia constituida por padres heterosexuales en los términos literales que consigna el artículo 42 de la Constitución.

Con esto en mente, el referendo podría ser concebido desde dos perspectivas. La primera, como una convocatoria dirigida a lograr una reforma legislativa para incorporar en la regulación sobre la adopción, la posibilidad de que la medida de protección a menores solo aplicara a parejas heterosexuales, dejando por fuera la opción de adoptar para cualquier otro tipo de familia. Esta opción implicaría que la Corte podría revisar el referendo, a partir de lo planteado en el numeral 3 del Artículo 241 de la Carta Política. Así, sería susceptible una revisión sustancial ya que la propuesta se podría entender como una reforma a las leyes que regulan la adopción y la protección de los niños, niñas y adolescentes. La segunda perspectiva, implicaría entender el referendo como una propuesta de reforma constitucional del artículo 42 de la Carta Política, lo cual derivaría en una revisión, por parte de la Corte, únicamente de procedimiento, respecto a su formación y con anterioridad al pronunciamiento popular, acerca de la constitucionalidad en su convocatoria.

¹⁰⁶ Se subraya con el propósito de evidenciar las opciones 1 y 2.

De esta manera, surge la pregunta acerca de si una revisión de forma sería suficiente o si se hubiera requerido, incluso más allá de lo planteado en la Constitución, de una revisión sustancial, dando paso a estudiar si dicha revisión encuadraría en la denominada teoría de la sustitución de la Constitución, también denominada “juicio de competencia” o “metodología o juicio de sustitución” o “inconstitucionalidad por sustitución” (Sánchez Osorio, 2013). Según esta propuesta teórica, el límite a las reformas constitucionales faculta a la Corte para decidir sobre la competencia de los órganos reformativos, acogiendo para ello una línea jurisprudencial construida desde 2003 y hasta 2011. El eje sustancial de la línea plantea frenar las posibilidades de reforma por parte de los órganos que pueden llegar a establecer propuestas que conlleven una modificación sustancial de la Carta Política.

La anterior pretensión, sin embargo, no permitiría asumir que la revisión que hace la Corte sea material, pero sí, que dicha revisión debe velar por garantizar que la Carta no pierda su integridad. La integridad, en términos de esta investigación, estaría dada por su carácter de Carta creyente en el *dios ilustrado*, por su carácter pluri-religioso y por los elementos que la constituyen como norma basada en principios y valores propios del derecho natural racional-histórico; siendo dos de sus pilares más importantes la dignidad humana y la igualdad material, parámetros necesarios para interpretar la convocatoria al referendo.

Ello, dado que para revisar una reforma que implica una transformación constitucional, es imposible no tener que determinar, interpretativamente, los límites materiales al poder de reforma, pero aclarando que el control de constitucionalidad de los actos reformativos no es un control material. Esto deriva en que, en términos de Sánchez Osorio, en un posible juicio de sustitución de la Constitución, el parámetro material de control quedaría en manos del juez constitucional, pues es él quien determina el alcance jurídico del contenido objeto de análisis y su carácter de esencial. Lo anterior implica realizar una ponderación que va más allá del procedimiento, con el fin de revisar que la propuesta de reforma no se convierta en una forma de sustituir el carácter integral de la Carta (Sánchez Osorio, 2013).

Al respecto, Sánchez Osorio aclara que la Corte en Sentencia C-551 de 2003, decisión que marcó el inicio de la línea sobre prohibir o evitar la sustitución constitucional con propuestas de órganos reformativos de la Constitución, consignó que el tipo de control que se debería realizar cuando se presenta una convocatoria de un referendo es un control reforzado. Ello “porque además del control automático que ejerce la Corte sobre la ley de referendo, es viable la acción pública de inconstitucionalidad contra el acto reformativo de la Constitución” (Sánchez Osorio, 2013, p. 157). Propuso la Corte, conforme a lo citado de la decisión jurisprudencial por Sánchez Osorio, que este control era razonable en la medida en que

[la] reforma a la Constitución por medio de un referendo es un procedimiento que comprende diversas etapas. Por ende, conforme al artículo 241 ord 2, la Corte ejerce el control automático definitivo sobre la ley que somete a decisión del pueblo un proyecto de reforma constitucional, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 379 superior; determinando que [la] Corte ejerce un control automático sobre todos los eventuales vicios de procedimiento en la formación de la ley que convoca a referendo (CP art. 241 ord. 2). Esta sentencia de control automático hace tránsito a cosa juzgada, y por ende es definitiva en lo que concierne al acto objeto de control por la Corte (...) (Sánchez Osorio, 2013, p.157).

Por otro lado, expone el autor que la Corte en anteriores pronunciamientos ya había aclarado la manera adecuada en que debería realizarse el control sobre los actos reformativos del texto constitucional que debe ejercer, pues este control

recae sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo; disposición que, por lo demás, resulta lógica puesto que el control sobre los actos reformativos no puede ser material en la medida en que, por definición, todo acto reformativo de la Constitución resulta contrario a la misma, y a que, ejercer este tipo de control equivaldría a petrificar el ordenamiento constitucional y anular la cláusula de reforma impidiendo que este se ajuste a las

realidades sociales cambiantes. En este orden, someter la ley que convoca a referendo a un control material equivaldría a comparar si los contenidos materiales del mismo son o no constitucionales o políticamente oportunos, lo cual no puede ser facultad del control judicial ejercido por el Tribunal Constitucional (Sánchez Osorio, 2013, p.159).

Al respecto, sintetiza Sánchez Osorio, que la fundamentación jurídica del control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución de 1991, llevado a cabo por la Corte Constitucional colombiana entre el período 2003 a 2011, es el de un control material sobre dichos actos. Y si esto fuera así, la conclusión para el caso que nos ocupa, sería que en la supuesta reforma del Artículo 42 a través del referendo, dicho control, no sería tan claro porque realmente no trae sujetos diferentes ni cambia lo establecido en el artículo constitucional: sigue hablando de hombre y mujer y esto es lo que, en abstracto re-afirmaba el referendo, pero en concreto, se leía hombre y mujer para excluir a las demás formaciones familiares de la posibilidad de adoptar. Esto en la medida en que, desde el referendo se entendía que el derecho fundamental de los menores a tener una familia, consistía en tener una familia heterosexual y no otra.

Al entender el alcance de la propuesta, la Corte, si realmente pudiera hacer un control completo, debería haber dicho que la misma estaba en contravía con el espíritu ilustrado del dios que avala la Carta y por supuesto, en contravía con la dignidad y la igualdad material que se espera dar a cualquier elemento identitario, como la orientación sexual y el impedimento a clasificar las uniones afectivas como mejores o peores moralmente. El *dios ilustrado*, entre sus tareas concretas, tendría que limitar y evidenciar que la Constitución está por encima de la moral social, del sentir y de la voluntad popular, pues debe preservar sobre todo las garantías que, en términos de derechos fundamentales tienen los individuos. Así mismo, iría en contravía con las decisiones jurisprudenciales ya estudiadas, que exigen la protección del matrimonio igualitario y la no discriminación por orientación sexual en la opción de adoptar, en el marco evidente de protección superior del niño, la niña o el adolescente.

Ahora bien, mostrando la otra cara de la moneda, una que evidencia los riesgos y la paradoja implícita en la teoría que otorga poder a la Carta para prohibir la sustitución de

la Constitución, Higuera- Jiménez recuerda que la norma de normas está cimentada en dos grandes principios: el democrático, propio de su soberanía y ejercicio popular, y la supremacía, por la cual se posiciona como Ley Superior (Higuera-Jiménez, 2016). No sobra aclarar, que, en el marco analítico presentado, el *dios ilustrado* está por encima de la democracia, entendida desde su dimensión procedimental, es decir, su fundamento en la soberanía popular, entendida, en este contexto, como gobierno de las mayorías.

Entonces, conforme a lo planteado desde estos principios surge la necesidad concurrente de permitir su reforma y mantener su estabilidad, para así evitar que se convierta en un instrumento obsoleto y estático que no se pueda adaptar al paso del tiempo y para evitar que se presente falta de seguridad jurídica derivada de la flexibilidad (Higuera-Jiménez, 2016). Para lograr este diálogo entre estabilidad y flexibilidad, la Corte desarrolla la doctrina que imposibilita sustituir la Constitución en ejercicio del poder de reforma, “pues esto constituiría un exceso en la competencia de quien ejerce ese poder, por lo cual, la Corte podría en estos casos ejercer el control de constitucionalidad y declarar inexecutable la eventual reforma”(Higuera-Jiménez, 2016, p.214).

Aclara el autor que esta doctrina establece la posibilidad de controlar las reformas constitucionales, no solo por razones de trámite, sino porque es importante revisar si la misma afecta los elementos sustanciales que le dan sentido y determinan la integridad de la *norma de normas*. Sin embargo, y acá está la otra cara de la moneda, la dualidad que evidencia la tensión mencionada previamente, ratifica que la postura objeto de análisis no es simple y podría llevar un abuso de las funciones de la Corte. Higuera-Jiménez lo expresa de la siguiente forma:

De un lado la necesidad de establecer un límite al poder de reforma constitucional pues el poder del Congreso e incluso del pueblo vía Referendo, no es fundacional, al tratarse de un poder constituido y está sometido a lo establecido en la Constitución, pero de otro lado es discutible la existencia de fuentes normativas que autoricen a la Corte a ejercer control material sobre los actos reformatorios de la Constitución y si se trata de un control de forma surge la duda sobre las condiciones para que éste se dé (Higuera-Jiménez, 2016, p.215).

En igual sentido, menciona el autor que la existencia de controles de fondo de la Constitución resulta ser una contradicción lógica, un sin sentido, pues las modificaciones de la Carta, siempre son de fondo, como lo dice Ferreyra, en el texto de Higuera- Jimenez, *“Ciertamente, en esta tesis se mantiene que toda reforma por más parcial que fuese produce una nueva constitución, al instaurar un nuevo conjunto de disposiciones normativas en la máxima jerarquía del sistema jurídico estatal”* (Ferreyra, 2012 en Higuera- Jiménez, 2016, p.233).

En consecuencia, si se realiza un control de fondo, de contenido, material, sobre cualquier reforma, derivaría en que la única respuesta plausible es prohibir dicha reforma, pues se estaría vulnerando el texto de la Carta, en uno o en otro sentido. Así, siguiendo la segunda parte del razonamiento de Higuera- Jiménez, las reformas a la Constitución solo podrían tener un control de forma, que consistiría solamente en verificar si el Congreso de la República actuó correctamente como poder constituyente constituido, pues no puede hacerlo como constituyente primario.

Ahora bien, las dos caras de la moneda sobre el control de constitucionalidad que debe ejercer la Corte respecto a reformas constitucionales realizadas a través de instituciones como el referendo, da lugar a la necesidad de que la Corte exponga su posición argumentativa y contrargumentativamente en cada caso, para entender además si realiza un análisis jurisprudencial a partir de las diferentes líneas o si acoge simplemente una posición u otra.

En todo caso, y acogiendo las palabras de Higuera-Jiménez, este análisis exige una respuesta frente a las exigencias de la tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional que es complejo. Así mismo, en cualquier caso, como señala el autor, *“quedará por verse en el caso concreto mediante el estudio estático de la jurisprudencia si un determinado fallo es o no razonable en aplicación de la doctrina jurisprudencial y la respectiva ratio decidendi de la doctrina de la inconstitucionalidad por sustitución”* (Higuera-Jiménez, 2016, p. 234).

Para el caso que nos ocupa, si la ley de convocatoria al referendo que pretendía modificar el artículo 42 y las normas que regulan la adopción hubieran sido aprobadas en

el legislativo y no se tuviera en consideración sino un estudio formal sobre la constitucionalidad del referendo como mecanismo idóneo para realizar una reforma constitucional, es posible que la respuesta de la Corte hubiese sido que su carácter fue constitucional y que además se sometió a la voluntad popular. En este caso, la reforma implicaría una sustitución de la Constitución en donde ni la Corte ni el *dios ilustrado* lograron proteger la Carta de la moral social y de la democracia entendida como la voluntad mayoritaria.

¿Y en qué consistiría dicha sustitución? En la muerte del *dios ilustrado*, dando paso al resurgimiento de la familia como institución religiosa, pues aceptar que el único tipo de familia que podría considerarse para la adopción implicaría que es el único tipo de familia aceptable constitucionalmente. Así mismo, se tendría que pensar en que el matrimonio e incluso la unión de hecho volverían a tomar forma solo para la familia heterosexual, llegando a entender que el matrimonio como institución religiosa y civil, solo debería darse en términos de parejas heterosexuales. Este escenario, a su vez, abriría el espacio para que resurgiera un dios particular, el dios católico unido a sus interpretaciones diversas cristianas, que estaban detrás de la propuesta y a un resurgimiento de una apuesta constitucional confesional, pues la pluri-religiosa, la del *dios ilustrado*, habría sido aniquilada.

Si esto ocurriera, si nuestro Tribunal Constitucional amparado hasta ahora y desde 1991 por la protección del *dios ilustrado*, que tiene que proteger los valores y principios de la ilustración, la propuesta del derecho natural racional-histórica, la apuesta pluri-religiosa, y por supuesto y ante todo los derechos fundamentales, se viera obligado a fallar sobre la constitucionalidad del referendo, sólo en términos formales – al igual que ocurriría con los decretos que consagran poblaciones a Jesucristo y a un dios confesional, el rol de la Carta como guardiana de la Carta, también moriría y con ella la primacía a la dignidad y a la igualdad y la posibilidad de que en igualdad de condiciones podamos hoy en día expresar en el ámbito público y privado nuestras creencias, pues las establecidas desde el referendo obedecen a principios de una iglesia principal y de sus derivadas, pero excluye la diversidad que otorga hoy en día la Carta de 1991.

Afortunadamente, el *dios ilustrado* no ha muerto y su vida y dinamismo se expresan en los casos emblemáticos estudiados pues gracias a la interpretación constitucional y a los esfuerzos normativos, en consonancia con la apuesta dirigida a salvaguardar los derechos fundamentales, permite que hoy en día sean posibles el matrimonio igualitario y la adopción por parte de diversas formas de familia. No sobra aclarar que existe una relación, que a lo largo de la investigación se ha dado por sentada, entre creencias e instituciones como el matrimonio y la adopción, que necesariamente se vincula con la familia entendida como institución jurídica con implicaciones morales profundas.

Sin embargo, el *dios ilustrado* podría morir, su vida pende de un hilo, cuando se enfrenta todos los días a la ambigüedad pública frente a la pluri-religiosidad, como con las palabras del presidente Juan Manuel Santos mencionadas hace unas páginas, como con la propuesta de convocatoria al referendo, que quieren imponer el sentir popular, como si el mismo evidenciara lo que debería exigir nuestra cultura constitucional, que se fundamenta en un discurso de valores, principios y derechos ilustrados, la cultura del *dios ilustrado* y la apuesta constitucional pluri-religiosa que ha logrado sostenerse en la Constitución de 1991.

7. Conclusiones

La hipótesis de partida consistió en asumir que la apuesta constitucional que se deriva de la Carta de 1991 es pluri-religiosa. Así mismo, se encontró evidencia histórica, teórica, normativa y jurisprudencial que permiten asumir que la Constitución Política colombiana está enraizada en el derecho natural, pero en uno de corte racional e histórico, que defiende y propugna por los derechos fundamentales que se encuentran en la Carta Política, derechos y libertades, como la de credos, que se derivan del proyecto del proceso racional e histórico que se inicia con la Ilustración.

Se considera, entonces que la hipótesis se sostiene y pese a que también se encuentran argumentos que favorecen que la Carta Política de 1991 es laica, sobre todo desde la jurisprudencia, esta afirmación desconoce las implicaciones del preámbulo, que clara e intencionalmente desvirtúa la neutralidad de la *norma de normas* en los temas de dios.

¿De qué dios se está hablando? del *dios ilustrado*, que es el encargado, a través de los guardianes de la Carta, los magistrados del Tribunal Constitucional de reconocer la expresión de la diversidad religiosa y de aplicar la igualdad material en temas como los estudiados en el presente texto, asumidos como casos paradigmáticos: el matrimonio y la adopción para parejas del mismo sexo y esta última institución, protegiendo, además la constitución de otras formas de familia. Estas dos instituciones jurídicas contienen un fuerte fundamento religioso y moral que no se puede desconocer y que permitió que el análisis pudiera hacerse en los términos realizados.

La metodología aplicada se dividió en dos estrategias, en un intento por diferenciar el método aplicado de la metodología de análisis. Con respecto al método, se utilizó, por un lado, el deconstructivista, desde el que se asumió como acontecimiento: la Constitución de 1991, que se considera el gran evento jurídico y político de los últimos 27 años y que,

conforme a la hipótesis planteada para el desarrollo del presente trabajo, no logró superar al iusnaturalismo ni debería hacerlo y se afirmó en el acá denominado dios ilustrado. Por otro lado, se utilizó para la construcción del análisis, el método hermenéutico, dando una interpretación desde una perspectiva basada en fuentes diversas a la apuesta constitucional colombiana.

Este método híbrido aplicado que interactúa entre lo deconstructivista y lo hermenéutico, permitió plantear como *acontecimiento* o evento, la Constitución del 91, que se considera como una nueva carta creyente, derivada de la de 1886 pero diferente a esta apuesta de carácter confesional. Con respecto a las estrategias metodológicas de investigación la presente investigación abarcó un análisis estructurado a partir de tres ejes: una reconstrucción teórica desde la filosofía jurídica y constitucional (incluyendo un análisis jurisprudencial) sobre la relación que se deriva del derecho y de la moral religiosa que permitió sumir la Constitución de 1991 como carta creyente con fuertes raíces en el derecho natural racional-histórico y que se encuentra anclada a la protección del dios ilustrado.

Un segundo eje que consistió en una construcción analítica dirigida a comprender la Constitución colombiana, en términos de la aplicación de la libertad y particularmente de la libertad religiosa, revisando para ello, los casos del matrimonio igualitario y de la adopción por parte de hombres o mujeres solos o de parejas no heterosexuales; entendidos como ejemplos paradigmáticos que permiten hablar de la Carta de 1991 como una constitución pluri-religiosa.

Finalmente, un análisis de los valores que se derivan de la forma en que la Corte Constitucional, como instrumento jurídico y político que habla con argumentos y razonamientos jurídicos y morales, asume las fuentes jurídicas y evidencia su relación con el derecho natural, en donde los valores laicos se entrelazan con los confesionales, dando lugar a una nueva mirada de las creencias desde la Constitución, pues sería una apuesta dirigida a que el *dios ilustrado*, (consecuencia del iusnaturalismo racional-histórico),

garantice que el camino constitucional está encaminado a garantizar el discurso de los derechos fundamentales vigentes en la Constitución.

Por su parte, en la escogencia de los casos que se revisaron que se quiso que fueran de carácter significativo y por esto se han denominado paradigmáticos, se tuvieron en cuenta los presupuestos de Flyvberg que permitieron entender la trascendencia del matrimonio y de la adopción, en términos de la lucha de derechos de minorías tradicionalmente excluidas de privilegios que tienen andamiaje religioso.

Con respecto al estado del arte, el mismo se construyó a partir de fuentes históricas, teóricas, normativas y jurisprudenciales, que permitieron realizar el análisis deconstructivista y hermenéutico, desde tres ejes: la historia constitucional, la filosofía jurídica, la sociología, el constitucionalismo y los derechos humanos y la argumentación jurídica, incluyendo autores como Bordieu, Atienza, Alexy, Gargarella, Kennedy, Kelsen, Schmitt, Weston; doctrinantes colombianos como Mejía Quintana, López Medina, Lemaitre Ripoll, Marquardt, Valencia Villa, García Villegas, Uprimny, entre otros. Jurisprudencialmente se estudiaron decisiones de las primeras cortes para evidenciar la relación con el derecho natural, también se estudiaron algunas de la última década para entender el desarrollo en términos del matrimonio y la adopción igualitaria.

Una de las ideas que se derivan del estado del arte y que enmarcaron la presente investigación y que sirvieron como eje del marco teórico del mismo, es que es posible rastrear elementos propios del iusnaturalismo en los desarrollos jurídicos, constitucionales y argumentativos escogidos, que van desde la corriente teológica, hasta la denominada como racional-histórica. La teológica propiamente dicha, desaparece de con la

Constitución de 1886 y la de 1991 encuentra su alcance interpretativo en los principios, valores y derechos que se derivan de la apuesta ilustrada, con el *dios ilustrado*¹⁰⁷.

Así mismo, se encontraron justificaciones de orden moral y del derecho natural racional e histórico en la teoría constitucional y de la argumentación jurídica estudiadas. También fue posible establecer que se trata de una Constitución que se fundamenta en elementos propios del liberalismo – además de aquellos propios del Estado Social de Derecho -, con un fuerte desarrollo teórico en el tema de derechos fundamentales. Se considera entonces que el iusnaturalismo ha actuado como un elemento de validez jurídica y de justificación política, que además muestran las contradicciones que hacen parte de nuestra identidad jurídica en donde elementos de la Constitución de 1886, de la Constitución confesional siguen presentes, se reconstruyen y se divide la voluntad popular del deber ser de la Carta. Para enfrentar tal tensión está el *dios ilustrado*, que habla a través de la Corte Constitucional.

En igual sentido, esta contradicción constante, este paso de la confesionalidad a la acá denominada pluri-religiosidad, hace posible pensar en que los desarrollos constitucionales que en este sentido se han derivado de la Constitución Política de 1991 y le han dado una identidad propia a la apuesta constitucional colombiana y a su cultura jurídica. Esta identidad permite hablar de la presencia de una nueva carta creyente, protegida y enmarcada en el *dios ilustrado*. Esta identidad, también está llamada a preservar los principios y valores propios de la ilustración que para traerlos a la Carta;

¹⁰⁷ Se aclara que las ideas generales planteadas como conclusiones del estado del arte y como andamiaje del marco teórico se retomaron del examen de calificación presentado en el marco del presente doctorado de autoría de quien escribe este texto, entregado en mayo de 2016, que se tituló: “Rastreado los vestigios del derecho natural en el caso colombiano: una aproximación jurídica desde diferentes perspectivas teóricas y argumentativas” y que fue evaluado por la profesora Juny Montoya y el profesor Oscar Mejía.

situación que a veces requiere ir a escenarios que van más allá del derecho, tales como el bloque de constitucionalidad y por supuesto, al derecho natural racional-histórico. Todos estos elementos exigen que la Carta sea entendida desde la dignidad humana y la igualdad; parámetros que además no son estáticos y se encuentran en constante construcción y reconstrucción.

Por otro lado, resulta posible afirmar que la historia constitucional latinoamericana y la colombiana en particular, evidencian cómo la recepción y producción normativa responden a nuestra realidad cultural anclada al derecho natural racional-histórico, permitiendo construir e invocar la protección del *dios ilustrado*, que permite pensar en principios extra-normativos que guardan una profunda relación con ideas de justicia y de dignidad humana, que giran en torno al individuo y a su autonomía y a las sueños e ilusiones de un deber ser que lo protegen.

De otra parte, la Constitución como norma fundamental, requiere, para ser entendida dos tipos de justificaciones: una jurídica y otra política. En consecuencia, el poder constituyente que es de carácter político y se positiviza se origina en elementos supra-legales porque de lo contrario no se podría justificar su fundamentación. En igual sentido, los derechos fundamentales, como se ha señalado, requieren tener una justificación a-priori que les de valor como elementos inherentes e inalienables al individuo. Así mismo, el carácter sagrado que desde el derecho se le da a la norma fundamental, evidencia también la necesidad que se tiene de llevar las normas a una jerarquía superior que permita darles legitimidad y poder.

Resulta imposible desconocer que los valores y principios, así estén en constante disputa por ser objeto de desacuerdo y por ser cambiante su contenido y alcance, están presentes en las decisiones judiciales, particularmente en las de los tribunales constitucionales, cuya responsabilidad es mucho más grande porque protegen la norma constitucional y con ello el sistema normativo y estatal en su totalidad. Por esto, no es imposible ignorar la existencia de valores y principios morales en las decisiones judiciales.

Lo que resulta fundamental es la determinación de reglas rigurosas para que estos fallos no sean desde prejuicios o desde intereses particulares de los jueces, sino que su fundamentación provenga y se sustente en la Constitución y en sus valores de orden positivo y natural.

Finalmente, respecto al estado del arte, que se ha considerado parte central del marco teórico, es posible concluir que el derecho natural racional-histórico, así como los valores y los principios que rondan la Constitución y que ayudan a determinar su alcance, son esenciales en la argumentación jurídica y en la interpretación judicial. Así, resulta importante reconocer que la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral y en esta medida, intentar separar el derecho de la moral resulta un esfuerzo que desconoce la realidad. El acto de argumentar jurídicamente es un acto humano y la decisión judicial como acto de seres humanos implica que un conjunto de valores y principios están en juego.

En síntesis, desde los textos escogidos que hacen parte de la teoría, la filosofía, la sociología, el constitucionalismo, los derechos humanos y la argumentación jurídica es posible sostener que nuestra apuesta constitucional da como resultado una carta creyente en el *dios ilustrado* y que tratar de desarrollar una apuesta pluri-religiosa llega más lejos y cuestiona la idea y el concepto de laicidad, pues lo saca del escenario originario desde el que quería evidenciar la separación de los asuntos de la Iglesia de los del estado, para permitir ejercer la libertad de credos como lo exigía Locke al enunciar el concepto (Locke, 1667).

En relación con el proyecto doctoral en general, uno de los aportes de esta investigación consistió en realizar un intento por elaborar el marco teórico desde el planteamiento del estado del arte. Ello, en la medida en que no existía bibliografía sobre el tema particular objeto de estudio, entendiendo por él, el entendimiento de la Constitución colombiana como carta pluri-religiosa, por oposición a una apuesta laica; como una carta

enraizada en el derecho natural racional-histórico y enmarcada en la protección del *dios ilustrado*, que es la categoría inductiva más importante que se derivó del trabajo de investigación que termina.

Así pues, la investigación realizada permite afirmar que la Constitución Política de 1991 es una apuesta pluri-religiosa y para efectos de la presente investigación, esta apuesta permite reconocer la diferencia antes de imponerla como ocurriría con una apuesta laica, en la que no se permite ejercer abiertamente la libertad religiosa ni otras relacionadas con la identidad personal y que puedan tener efectos en lo público. Esta situación también ocurriría con una apuesta confesional que sólo acoge los valores y principios propios de la religión estatal que se detenta. De esto se deriva una profunda desconfianza en la laicidad como proyecto liberal que pretende defender los derechos, pues su puesta en marcha los puede invisibilizar.

De esta forma, se aclara que, desde el análisis realizado, se puede afirmar que la Constitución de 1991 no es una apuesta constitucional laica y tampoco podría calificarse como confesional, lo cual no solo sería ingenuo, sino que evidenciaría desconocimiento del desarrollo constitucional que se ha dado como consecuencia de la Carta de 1991. En efecto, a lo largo de la investigación se intentó mostrar las diferencias entre la Carta de 1886, que realmente era una apuesta confesional, abierta y concreta y la de 1991, que tuvo muchos cambios que impiden tratarla como una apuesta constitucional de carácter religioso, aunque es una apuesta constitucional de carácter pluri-religioso que se apoya en la protección del *dios ilustrado*.

Un punto de unión entre las dos constituciones es que el derecho ius-natural está presente, entendiendo que el mismo, se trate de la corriente teleológica o racionalista, asume que las normas son jurídicas si le apuestan a un conjunto de valores o principios de carácter universal. Por supuesto, la primera es claramente católica y la segunda gesta el escenario para el desarrollo del *dios ilustrado* y la investigación realizada permite afirmar que Colombia es un estado pluri-religioso. No hay una sola referencia constitucional a la

laicidad, aunque hay desarrollo jurisprudencial en la materia. Esta figura, como ya se ha mencionado en párrafos precedentes, se considera un arma de doble filo, una impostura jurídica, no una herramienta libertaria inocente para defender la libertad, pues usa como estrategia el impedir expresar las creencias en la esfera pública, esconder afiliaciones religiosas e identitarias. Así, la laicidad podría ser una forma de silenciar la diferencia y no una herramienta para expresarla.

Colombia no es un estado confesional, pues en la Carta de 1991 se presenta una gran transformación, el poder soberano ya no está en dios –; ahora está en las manos del pueblo y se invoca de manera genérica la protección de dios. Entonces, dios no desaparece, solo es reemplazado por 1. La posibilidad de creer en lo que cada uno quiera, ya no en una religión estatal y 2. Por la existencia del que el *dios ilustrado*. Esta es la categoría analítica que surge de la investigación. El *dios ilustrado* se enuncia en la Carta con esa invocación genérica a su protección, pero ahora ya no desde el estado confesional afiliado a una moralidad particular sino a partir de la razón que da el derecho positivo, que le quita cualquier connotación referente a una moral particular, como era la derivada de la religión católica.

El *dios ilustrado* que quedó incorporado a las normas con rango constitucional, permite acudir a los principios y valores que permiten que la Corte Constitucional, como guardiana de la *norma de normas*, determine cómo entender la Carta y en esta medida defienda los derechos fundamentales, como ocurrió en los casos estudiados: el matrimonio y la adopción igualitaria. Por su parte, el hecho de acudir a principios y valores, que acá se consideran de corte iusnatural racional-histórica, no implica desconocer que la ley es la fuente por excelencia en el derecho colombiano, pero sí implica asumir que el derecho no vale por sí mismo, sino que requiere ser interpretado y gracias al discurso de derechos fundamentales, la lectura que de la Constitución puede hacer la Corte, tiene este marco de referencia y no otro que responda a un criterio religioso particular.

Con esto entonces, los valores y principios que subyacen a la Carta se legitiman gracias al poder supremo del *dios ilustrado* que permite afirmar que la Constitución de 1991 es una apuesta pluri-religiosa que reconoce la diferencia antes de imponerla, como ocurriría con una laica, en la que no se permite ejercer la libertad de credos públicamente, al igual que en una confesional que sólo reconoce la religión estatal.

Así, Colombia pasó de ser un estado fundado en el poder de dios, a uno en el poder del pueblo, con legitimidad en la protección supra-legal del *dios ilustrado*, cuya fundamentación es el iusnaturalismo. El *dios ilustrado* no crea una constitución laica, sólo evidencia que los principios y valores ilustrados deben ser garantizados constitucionalmente y que su fundamento va más allá del derecho y está precisamente en el poder que ese dios, dios histórico o dios de la razón tiene para ir construyendo un discurso y una interpretación de la Carta Política que evidencia claramente que no es posible entender la Constitución colombiana sin esos criterios supra-normativos, como lo son la idea de justicia, la igualdad material y la dignidad humana y que nos llevan a evidenciar los juegos de poder entre las normas y quienes las construyen, la Constitución y quien habla por ella. Así pues, la conservación del *dios ilustrado* y de la apuesta constitucional pluri-religiosa, que hacen de nuestra carta una Constitución creyente, constituye una misión argumentativa e interpretativa que está en manos de la Corte Constitucional.

Bibliografía

- Alcaldía Aguadas Caldas. Decreto número 044 de junio 29 de 2017 (2017). Aguadas, Caldas.
- Alcaldía Yopal Casanare. Decreto número 036 del 9 de junio de 2017 (2017). Yopal.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica* (segunda ed). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alzate Salazar, E. (2006). Elementos históricos y jurídicos del Concordato Colombiano. *Ratio Juris*, 4, 107–132.
- Amaya, R. (2013). Democratización sin represión, excepción en el caso colombiano: el movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta o Todavía podemos salvar a ColombiaP. *Revista de Derecho Público*, 30, 1–27.
- Amaya, R. (2014). Colombia, entre la seguridad democrática y la paz. El proceso electoral de 2014: ¿primer paso hacia una transformación constitucional?,. *Revista de Derecho Público*, 33(Derecho público).
- Árbos Marín, X., Beltral Ferrer, J., & Pérez Collados, J. M. (2010). Laicidad: Historia. Filosofía. Orden constitucional. In X. Árbos Marín, J. Beltral Ferrer, & J. M. (editores) Pérez Collados (Eds.), *La laicidad desde el derecho* (pp. 11–68). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Cátedra de Cultura Jurídica, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Arias, R. (2003). *El episcopado colombiano: intransigencia y laicidad 1850-2000*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes . Facultad de Ciencias Sociales - Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales - CESO.

Bibliografía

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y Argumentación*. (Serie de Teoría jurídica y Filosofía del Derecho N0.6, Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2003). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Número 134.
- Barrera Rosales, P. (2013). *Laicidad y minorías religiosas*. (P. Coordinadores Salazar Ugarte, Pedro y Capdevielle, Ed.) (Cuaderno N). México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Beltrán Cely, W. M. (2013). "Pluralización religiosa y cambio social en Colombia." *Colombia Theologica Xaveriana*, 63, 57–85.
- Berlin, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Blanco Valdés, R. (2006). *El Valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Bordieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. In *La fuerza del derecho* (pp. 153–220). Bogotá: ídico - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar - Siglo del Hombre.
- Bourdieu, Pierre y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. (E. U.-I. P.-S. del H. Editores, Ed.) (Estudio pr). Bogotá.
- Brison, Susan, Sinnot - Armstrong, W. (1993). *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*. Boulder - San Francisco - Oxford: Westview Press.
- Camargo, P. P. (1987). *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*. Editorial Temis S.A.
- Caracol Noticias. (2017). Alcalde de Yopal revocó decreto con el que entregaban las llaves de la ciudad a Jesucristo. Retrieved January 25, 2018, from <https://noticias.caracoltv.com/alcalde-de-yopal-revoco-decreto-con-el-que-entregaban-las-llaves-de-la-ciudad-jesucristo>
- Casa de la Memoria. (2017). Página oficial de la Casa de la Memoria. Retrieved November 8, 2017, from <http://museocasadelamemoria.gov.co/>

- Castrillón, C. F. (1995). *El concordato en la Constitución de 1991. Historia de una transgresión del Derecho*. Bogotá: San Pablo.
- CConst. (1992). Sentencia T-406 de 1992, MP. Ciro Ángarita. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional.
- CConst. (1993). Sentencia C-486 DE 1993, MP. Eduardo Cifuentes. Bogotá: Corte Constitucional.
- CConst. (1994a). Sentencia C-224/94, MP. Jorge Arango Mejía. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-224-94.htm>
- CConst. (1994b). Sentencia C-350/94, MP. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-350-94.htm>
- CConst. (1995a). Sentencia C-083 de 1995, MP. Carlos Gaviria. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- CConst. (1995b). Sentencia C-225 de 1995, MP. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- CConst. (1995c). Sentencia T-005 de 1995, MP Eduardo Cifuentes. Bogotá, Colombia. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-005-95.htm>
- CConst. (1996). Sentencia T-714 de 1996, MP Eduardo Cifuentes. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-714-96.htm>,
- CConst. (1998). Sentencia SU-640 de 1998, MP Eduardo Cifuentes. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional.
- CConst. (2011). Sentencia C-577 de 2011, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Bibliografía

- CConst. (2015a). Sentencia C-284 de 2015, MP. Mauricio González. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional.
- CConst. (2015b). Sentencia T-478 de 2015, MP. Gloria Estella Ortiz Delgado. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional. Retrieved from [http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/T-478-15_ExpT4734501_\(Sergio_Urrego\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/T-478-15_ExpT4734501_(Sergio_Urrego).pdf)
- CConst. (2016). Sentencia SU-214 de 2016, MP. Alberto Rojas Rios. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>
- Chaim, P. (1997). *El imperio retórico*. Bogotá: Editorial norma.
- Chevalier, F. (2004). *América Latina. De la independencia a nuestros días*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Chiassoni, P. (2013). *Laicidad y libertad religiosa*. (P. Coordinadores Salazar Ugarte, Pedro y Capdevielle, Ed.) (Cuaderno N). México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CNN. (2013). Francia aprueba proyecto de ley que legaliza el matrimonio gay. Retrieved January 1, 2018, from <http://cnnespanol.cnn.com/2013/04/12/francia-aprueba-proyecto-de-ley-que-legaliza-el-matrimonio-gay/> Francia aprueba proyecto de ley que legaliza el matrimonio gay%0A%0A
- Congreso de la República de Colombia. Código Civil (1873). Colombia: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>. Retrieved from <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. (1887). Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1 de 1952. Por la cual se conmemora el cincuentenario de la consagración oficial de la República de Colombia al Sagrado Corazón de Jesús y se declara una fiesta nacional (1952). La fuente de la que se tomó fue una foto de la norma que se encuentra en el Museo de Antioquia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 133 de 1994, por la cual se desarrolla el

- Decreto de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política (1994). Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1098, Código de la Infancia y la Adolescencia, Pub. L. No. 1098 (2006). Colombia: Congreso de la República.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1878 de 2018. Bogotá, Colombia: Congreso de la República. Retrieved from file:///C:/Users/ramaya/Downloads/LEY 1878 DEL 09 DE ENERO DE 2018.pdf
- Constitución Estado Frances. Constitución Política (1958). Francia: Constitución Política. Retrieved from <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>
- Copi, Irving y Cohen, C. (1995). *Introducción a la lógica*. México: Editorial Limusa.
- Cruz Parceros, J. A. (2006). Los métodos para los juristas. In M. A. R. (pr. . Christian Courtis (coord.) (Ed.), *Observar la ley : ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (p. 17 / 39). Madrid - España: Trotta.
- Daza Pérez, M. F. (2010). El bloque de constitucionalidad. Retrieved from <http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/10/el-bloque-de-constitucionalidad.html>
- Duhamel, Oliver y Cepeda Espinosa, M. J. (1997). *Las democracias. Entre el derecho constitucional y la política*. Bogotá: Tercer Mundo S.A, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.
- El Colombiano. (2016). Manuales de convivencia, sin "ideología de género." *Periódico El Colombiano*. Retrieved from <http://www.elcolombiano.com/colombia/manuales-de-convivencia-sin-ideologia-de-genero-EX4761273>
- El Espectador. (2015, August 27). Referendo para prohibir la adopción gay llega al Congreso Política. *El Espectador, Redacción Política*. Bogotá.
- El Espectador. (2017a, April 23). La ética va más allá de los dioses. *Periodico El Domingo 23 de Abril de 2017*. Bogotá, Colombia.
- El Espectador. (2017b, November). Francia adopta ley sobre matrimonio homosexual.

Bibliografía

- Sección* *El* *Mundo.* Retrieved from <https://www.elespectador.com/noticias/elmundo/francia-adopta-ley-sobre-matrimonio-homosexual-articulo-385602>
- El Tiempo, G. J. (1994). INEXEQUIBLE, SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS. *El Tiempo*. Bogotá, Colombia. Retrieved from <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-189128>
- Ferrajoli, L. (2012). *Democracia y garantismo*. (E. Trotta, Ed.) (segunda ed). Madrid.
- Flyvberg, B. (2006). Five misunderstandings about case-study. *Quality Inquiry, Vol 2, núm,* 219–245.
- García - Pelayo, M. (1996). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- García de Enterría, E. (1985). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid - España: Editorial Civitas S.A.
- García Villegas, M. (2009). *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de normas*. (Siglo del hombre editores - De-Justicia, Ed.). Bogotá.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. (IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, Ed.). Bogotá: Editorial Penguin Random House.
- Gargarella, R. (2005). *¿Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776 - 1860)*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S.A. - Siglo XXI de Argentina Editores.
- Garsón Valdés, E. (2011). Algo más de la relación entre derecho y moral. Alicante: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hervada, J. (1993). *Escritos de Derecho Natural* (Segund Edi). Pamplona, España: Ediciones universidad de Navarra, S.A.
- Higuera-Jiménez, D. M. (2016). Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto de la

- sustitución de la Constitución. *Revista Principia Juris*, ISSN Impreso 0124-2067 / ISSN En Línea 2463-2007 Julio, Vol. 13, N, 213–242.
- ICBF. (2016). Lineamiento técnico administrativo del programa de adopción, Aprobado mediante Resolución No. 2551 del 29 de Marzo de 2016 y Modificado mediante Resolución No. 13368 del 23 de Diciembre de 2016. Bogotá, Colombia.
- ICBF. (2017). Página oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Retrieved June 29, 2017, from <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallCBF/bienestar/ley1098>
- Kant, E. (1784). Qué es la ilustración. *Periódico Alemán Berlinische Monatschrift (Boletín Mensual de Berlín)*.
- Kelsen, H. (1931). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1995th ed.). Berlín: Editorial Tecnos, S.A., 1995.
- Kelsen, H. (1979). *La idea del derecho natural y otros ensayos*. México D.F.: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. (E. Porrúa, Ed.) (16ava edic). México D.F.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes e Instituto Pensar - Nuevo Pensamiento Jurídico.
- King, Gary, Keohane, Robert O., V. Si. (1996). The science in social science. In P. U. Press (Ed.), *Research, Designing social inquiry. Scientific inference in qualitative*. New Jersey. Retrieved from <http://press.princeton.edu/chapters/s5458.pdf>
- Leal Buitrago, F. (2007). SIETE TESIS sobre el relevo de las élites políticas. *C Olombia Internacional* 66, Jul - Dic 2007, Pp 216, ISSN 0121-5612, Bogotá, Pp 196 - 199, 66, 196–199.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. (Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, Ed.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Bibliografía

- Locke, J. (1667). A letter concerning toleration - Ensayo y carta sobre la tolerancia. Retrieved August 20, 2015, from <http://www.thenagain.info/Classes/Sources/Locke-Toleration.html>
- López Medina, D. E. (2002). *El derecho de los jueces* (3a. reimp.). Bogotá, Colombia: Legis - Uniandes.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis - Uniandes - Unal.
- López Serup, H. (2011). Reflexiones de un juez "Prímiparo" o ¿cómo enredarse con la norma? In P. Moncada (Ed.), *Introducción al derecho: obra en construcción* (pp. 162–218). Bogotá: Ediciones Uniandes - Editorial Temis.
- Marquardt, B. (2008). Dos siglos de derechos fundamentales en Hispanoamérica (1810-2008). Exigencia y realidad desde una perspectiva global comparada. *Pensamiento Jurídico*, 23(Constitucionalismo y derecho internacional público).
- Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, UNIJUS.
- Maya, E. (2001). Intervención del Procurador General de la Nación en la Sentencia C-814/01. Bogotá: Corte Constitucional. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-814-01.htm>
- Mejía, Oscar y Tickner, A. B. (1992). *Cultura y democracia en América Latina: Elementos para una reinterpretación de la cultura y la historia latinoamericanas*. (M. Editores, Ed.). Bogotá.
- Mejía Q, Oscar, Encinales Ariza, N. (2011). *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. (G. E. Ibáñez, Ed.). Bogotá.
- Mejía Q, O. (2006). Reconstrucción del estatuto epistemológico. *Pensamiento Jurídico*, 16, 171–206.
- Mejía Quintana, O. (2014). Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. *Pensamiento Jurídico*;

- 2357-6170 0122-1108, Número 39(Teorías y Garantías de los Derechos), 15–53.
Retrieved from <http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/45229>
- Ministerio de Defensa, G. N. Directiva Permanente No. 15 de 22 de abril de 2016 (2016).
- Ministerio de Justicia. (2016). Concepto sobre la consulta ciudadana sobre objeción de conciencia por parte de notarios ante matrimonio de personas del mismo sexo. Bogotá, Colombia: Ministerio de Justicia.
- Morales de Setién Ravina. (2000). La racionalidad jurídica en crisis. Pierre Bordieu y Gunther Teubner. In P. J.-E. U.-I. P.-S. del H. Editores (Ed.), *La fuerza del derecho* (pp. 13–80). Bogotá.
- Morales Hoyos, V. Radicación Proyecto de Ley “Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre (2016). Colombia. Retrieved from <http://angelicalozano.com/wp-content/uploads/2016/08/PL-REFERENDO-ADOPCIÓN-1.pdf>
- Motta, C. (1995). Capítulo 8: Intereses y derechos: la transición al estado social. In C. C. Motta (Ed.), *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática* (pp. 207–233). Bogotá: TM Editores - Ediciones Uniandes.
- Munévar, J. (2005). La libertad religiosa en Colombia. Orígenes y consecuencias. In *Globalización y diversidad religiosa en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Sociales.
- Nino, C. S. (1983). *Introducción al análisis del Derecho* (Tercera ed). Barcelona: Editorial Planeta S.A.
- Orjuela, L. J. (1998). El Estado colombiano en los noventa: entre la legitimidad y la eficiencia. *Revista de Estudios Sociales (RES)*, Universidad de Los Andes.
- Orjuela, L. J. (2003). *Orjuela, Luis Javier, “Columbian society in the 1990s: fragmentation, legitimacy, and efficiency.”* International Florida University. Retrieved from <http://digitalcommons.fiu.edu/etd/2638>

Bibliografía

- Pabon Nuñez, L. (1975). *Un senador ante el nuevo concordato*. (I. Nacional, Ed.). Bogotá.
- Perafán Liévano, B. (2011). El fin del derecho: ¿proteger la autonomía? In P. Moncada (Ed.), *Introducción al derecho: obra en construcción* (pp. 51–72). Bogotá: Ediciones Uniandes - Editorial Temis.
- Presidente de la República. Código del Menor, Decreto 2737 (1989). Colombia. Retrieved from http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_menor.htm
- Prieto, V. (2011). *Estado Laico y Libertad Religiosa. Antecedentes y desarrollos de la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké Universidad de la Sabana.
- Programa La Noche, dirigido por Gurisatti, C. (2016). *Polémica en Colombia por proyecto de referendo contra adopción por parejas del mismo sexo*. Colombia. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=o-tE9w7i3bc>
- Quintana Mejía, O. (2004). Filosofía del derecho y teoría jurídica: rupturas epistemológicas. Hacia una reconstrucción del estatuto epistemológico iusfilosófico. *Revista de Derecho Privado - Universidad de Los Andes*, 31, 25–48.
- Quintana Mejía, O. (2008). La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a faktizität und geltung. *Ideas Y Valores*, 46(103), 32–52. Retrieved from <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/8932/9576>
- Quintana Mejía, O. (2012a). El Dilema Histórico de la Decisión Judicial: La teoría del derecho de Jürgen Habermas. *REVISTA PANAMEÑA DE POLÍTICA*, 14, 67–103.
- Quintana Mejía, O. (2012b). *Filosofía del derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- República de Colombia. (1886). Constitución Política de Colombia 1886. Retrieved from <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>
- República de Colombia. Constitución política de Colombia de 1991, Colección códigos básicos (2012). Colombia: Bogotá: Legis, 2012. 28a ed. Retrieved from [http://ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=catt00683a&AN=udla.623662\(=es&site=eds-live&scope=site](http://ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=catt00683a&AN=udla.623662(=es&site=eds-live&scope=site)

- Revista Semana. (2016). Manuales de convivencia: la ideología de género no existe. *Edición Virtual* 8/11/2016. Retrieved from <http://www.semana.com/educacion/articulo/que-es-la-educacion-con-perspectiva-de-genero/486440>
- Revista Semana. (2017, May). El referendo de Viviane Morales no llegó a las urnas. *Revista Semana - Versión Virtual*. Retrieved from <http://www.semana.com/nacion/articulo/camara-de-representantes-archivo-refrendo-de-adopcion-de-viviane-morales/524757>
- Revista Semana. (2018, March). “Hay una Constitución más poderosa, la Biblia”: ¿de quién es la frase? *Publicación Digital, Sección Política*.
- Rotberg, R. I. (2007). *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- Sáchica, L. C. (1990). Lo que ningún constituyente podrá cambiar. In *Constitucionalistas ante la Constituyente* (pp. 1–12). Bogotá, Colombia: Temis.
- Sánchez Osorio, J. M. (2013). De la teoría de la sustitución o de los límites materiales a las reformas constitucionales en Colombia. *Revista Temas Socio Jurídicos, Volumen 32*, 155–178.
- Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Singer, P. (1995). *Ética práctica*. (S. edición, Ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tiempo, E. (2015). Corte Constitucional falló a favor de la familia de Sergio Urrego. *El Tiempo - Sección Justicia*. Bogotá, Colombia.
- Uprimny, R. (1998). La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica. *Pensamiento Jurídico, No. 9*, 71–110.
- Uprimny, R. (2001a). El bloque constitucional: introducción conceptual e histórica. In *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Volumen I* (pp. 97–

Bibliografía

- 154). Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Uprimny, R. (2001b). El dilema de la interpretación constitucional. In *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1991-2000. Realidades y perspectiva* (pp. 455–464). Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Fundación Konrad Adenauer.
- Valencia Villa, H. (1990). Bases de reforma constitucional. Una contribución para la asamblea constituyente. In *Constitucionalistas ante la Constituyente* (pp. 73–83). Bogotá, Colombia: Temis.
- Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de Batalla. Una Crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Colombia: Panamericana Editorial.
- Visbal, F. (2000). Crítica de libros: La fuerza del derecho: Pierre Bourdieu y Gunter Taubner. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2000, Estudio preliminar de Carlos Morales de Satien Rabian. *Revista Colombiana de Sociología*, 115–120.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Weston, A. (2001a). "Getting Started." In *A practical companion to ethics* (pp. 1–15). New York: Oxford University Press.
- Weston, A. (2001b). "Getting Started." In *A practical companion to ethics*. New York: New York: Oxford University Press.
- Weston, A. (2003). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Edición 7. Editorial Ariel.
- Williford, T. (2011). Aspectos del debate sobre la "cuestión religiosa" en Colombia, 1930-1935. *Revista de Estudios Sociales*, 41, 28–43.