

Derechos fundamentales y constitución: deliberaciones alrededor de los estudios de la constitución

Compiladores

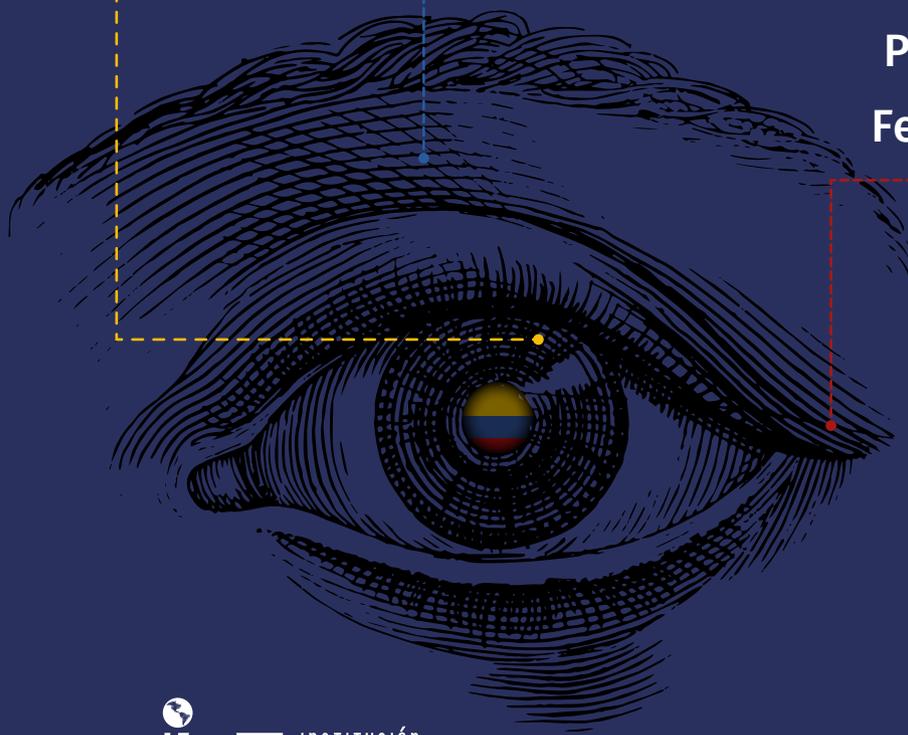
Andrés Felipe Roncancio Bedoya

John Fernando Restrepo Tamayo

Víctor Julián Moreno Mosquera

Pedro Alejandro Jurado

Fernando Terreros Calle



Derechos fundamentales y constitución: deliberaciones alrededor de los estudios de la constitución

Compiladores

Andrés Felipe Roncancio Bedoya

John Fernando Restrepo Tamayo

Víctor Julián Moreno Mosquera

Pedro Alejandro Jurado

Fernando Terreros Calle

 **Fondo Editorial**
Institución Universitaria de Envigado

Derechos fundamentales y constitución: deliberaciones alrededor de los estudios de la constitución / compiladores Andrés Felipe Roncancio Bedoya, John Fernando Restrepo Tamayo, Víctor Julián Moreno Mosquera, Pedro Alejandro Jurado, Fernando Terreros Calle. -- Envigado: Institución Universitaria de Envigado, 2021.

214 páginas.

ISBN pdf: 978-958-53727-7-1

Derechos fundamentales – 2. Derecho constitucional – 3. Familia de crianza – 4. Estado social de derecho – 5. Derecho a la alimentación

342.085 (SCDD ed. 22)

*Derechos fundamentales y constitución:
deliberaciones alrededor de los estudios de la constitución*

© Institución Universitaria de Envigado, (IUE)

Colección Académica

Edición: noviembre de 2021

Hechos todos los depósitos legales

Rectora

Blanca Libia Echeverri Londoño

Director de Publicaciones

Jorge Hernando Restrepo Quirós

Coordinadora de Publicaciones

Lina Marcela Patiño Olarte

Asistente Editorial

Nube Úsuga Cifuentes

Diagramación y diseño

Leonardo Sánchez Perea

Corrección de texto

Erika Tatiana Agudelo

Edición

Sello Editorial Institución Universitaria de Envigado

Fondo Editorial IUE

publicaciones@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Carrera 27 B # 39 A Sur 57 - Envigado Colombia

www.iue.edu.co

Tel: (+4) 339 10 10 ext. 1524

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Institución Universitaria de Envigado.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento -No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional. Más información: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Contenido

Prólogo	8
1. Inmanencia, posverdad y deliberación: el nivel de madurez de la cultura democrática y el riesgo de manipulación del discurso de la universalidad de los derechos humanos <i>Rubén Darío Palacio Mesa y Juan Edilberto Rendón Ángel</i>	
1.1. Introducción: el problema de la inmanencia de la pregunta por los derechos humanos . . .	14
1.2. Presupuestos filosóficos de los derechos humanos	16
1.3. Presupuestos de una teoría de los derechos humanos frente a los riesgos de la posverdad .	26
1.4. El discurso de los derechos humanos universales en la posverdad.	30
1.5. Conclusiones.	36
1.6. Referencias	37
2. Elementos para una fundamentación de los estudios de la constitución y sus dimensiones <i>Pedro Alejandro Jurado Castaño</i>	
2.1. Introducción	41
2.2. El proceso de constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo	43
2.3. La Constitución como objeto de estudio y sus dimensiones	49
2.3.1. La dimensión teórica.	50
2.3.2. La dimensión metodológica	52
2.3.3. La dimensión ideológica	53
2.4. Conclusiones	54
2.5. Referencias	55
3. La constitucionalización del derecho familiar y sus desafíos a la institución de la seguridad jurídica: el caso de la familia de crianza <i>Víctor Julián Moreno Mosquera</i>	
3.1. Introducción	57
3.2. Constitucionalización del derecho familiar	59
3.3. Sobre la seguridad jurídica familiar: la crisis	63
3.4. El derecho de familia constitucionalmente corregido: el caso de la familia de crianza en tres fallos	68

3.4.1. Sentencia T-281	68
3.4.2. Sentencia STC6009.	70
3.4.3. Sentencia T-074.	71
3.5. Conclusiones.	72
3.6. Referencias	74
4. En defensa del Estado social de derecho: un análisis de la racionalidad de gobierno y el activismo judicial desde la cláusula social del Estado colombiano	
<i>Andrés Felipe Roncancio Bedoya, Diego Alejandro Hoyos C. y Lady Juliana Guevara</i>	
4.1. Introducción	78
4.2. Constitución social vs. constitución económica.	80
4.2.1. Derechos de exigibilidad inmediata	83
4.2.2. Política social y derechos fundamentales	84
4.2.3. Servicios públicos	85
4.3. Activismo judicial y derechos fundamentales	86
4.4. Conclusiones.	91
4.5. Referencias	93
5. Naturaleza, estructura y condiciones de los derechos fundamentales	
<i>John Fernando Restrepo Tamayo</i>	
5.1. Introducción	97
5.2. ¿Qué es un derecho fundamental?	99
5.2.1. Es una concesión normativa	99
5.2.2. Tal concesión tiene lugar en una expresión convencional, constitucional, legal, judicial o administrativa	102
5.2.3. Tal concesión se hace en favor de un sujeto	104
5.2.4. Tal concesión se hace para asegurarle al sujeto dignidad, supervivencia o autodeterminación.	104
5.3. Características básicas de los derechos fundamentales	105
5.3.1. Ningún derecho fundamental es absoluto.	106
5.3.2. No existe una lista inacabada de derechos fundamentales.	106
5.3.3. Los derechos fundamentales viven en permanente tensión	108
5.4. Conclusiones.	109
5.5. Referencias	111

6. Desarrollo de la ciudadanía en Colombia

Ferney Moreno

6.1. Introducción	113
6.2. Antecedentes históricos de la ciudadanía	114
6.3. Desarrollo de la ciudadanía en las constituciones centralistas	116
6.4. Desarrollo de la ciudadanía en las constituciones federalistas.	118
6.5. Desarrollo de la ciudadanía en la Constitución de 1886	121
6.6. Desarrollo de la ciudadanía en la Constitución de 1991	123
6.7. Conclusiones	129
6.8. Referencias	131

7. Precedente judicial, seguridad jurídica, autonomía judicial y prevaricato

Sergio Iván Estrada Vélez

7.1. Introducción	133
7.2. Precedente y seguridad jurídica	136
7.3. El debate doctrinario acerca del poder vinculante del precedente judicial.	141
7.4. La carga de la argumentación suficiente y adecuada como presupuesto para apartarse del precedente	147
7.5. Análisis de la Sentencia C-335 de 2008. El abandono del precedente inconstitucional y el prevaricato	148
7.6. Conclusiones.	151
7.7. Referencias	152

8. Relación jurídica y fáctica entre el derecho a la alimentación y el cambio el climático

Fernando Carlos Terreros Calle

8.1. Introducción	153
8.2. Derecho a la alimentación	154
8.2.1. Derecho a la alimentación y dignidad humana	155
8.2.2. Derecho a la alimentación y al mínimo vital	156
8.3. El cambio climático	158
8.4. Relación entre cambio climático y derecho a la alimentación.	161
8.5. Conclusiones.	163
8.6. Referencias	165

9. El problema del costo de los derechos humanos en el derecho constitucional y el modelo de agencia como instrumento para analizarlo: el caso de la reforma constitucional en materia político-electoral de 2014

Eduardo Gaona-Domínguez y Michael G. Núñez Torres

9.1. Introducción	168
9.2. La teoría de la agencia	173
9.2.1. El problema de agencia	174
9.2.2. Los problemas de agencia y sus soluciones.	175
9.2.3. Modelo general de agencia para el análisis de los derechos	176
9.3. Aplicación del modelo de agencia en los derechos político-electorales	178
9.3.1. El derecho político-electoral como derecho humano.	178
9.4. La reforma constitucional de naturaleza político-electoral de 2014.	179
9.4.1. Costo ordinario	182
9.4.2. Costo necesario.	183
9.4.3. Costo extraordinario.	184
9.5. Conclusiones.	184
9.6. Referencias	185

**10. Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES):
¿políticas públicas o comodín del gobierno de turno?**

José Leonardo Ospina, José Fernando Hoyos y Olga Patricia López

10.1. Introducción	187
10.2. Definición y naturaleza jurídica de los documentos CONPES.	190
10.3. La contratación estatal transversalizada por los documentos CONPES	196
10.4. Disrupción ambivalente en las erogaciones del Estado	203
10.5. Conclusiones.	206
10.6. Referencias	207

Autores	210
--------------------------	------------

Prólogo

Los problemas capitales del estudio de la constitución se agrupan en tres direcciones en la actualidad. En un primer momento se hace referencia a la constitución en sí misma como objeto de estudio. El contenido dogmático y orgánico. Su origen, características y estructura. La necesaria relación entre lo dogmático y lo orgánico; la forma en que se condiciona, se relaciona o se excluye cada uno de los supuestos o de las instituciones que la integran. Este será siempre el punto arquimédico del estudio de la constitución, porque solo en la medida en que se analice y se describa una constitución será posible emprender, con buena lente, las otras dos direcciones. En un segundo momento se hace referencia a la forma en que a partir de una constitución, su contenido, su desarrollo y su filosofía, se define la estructura general del marco social. La constitución como norma jurídica y política define los límites de lo posible para una sociedad determinada. Ella contiene los mínimos y los máximos sobre los cuales se asienta el *ethos* a través del cual nacen los derechos básicos y se concretan las esferas del uso y del ejercicio del poder. En un tercer momento se hace referencia a la forma en que la sociedad moldea y define el contenido y la naturaleza de cada enunciado constitucional. Aquí coincide el discurso tradicional con los factores reales de poder a través de los cuales nacen los derechos. Y es precisamente en virtud del contenido constitucional que se materializan las conquistas cívicas y ciudadanas de asegurar, mediante enunciados normativos, el alcance y la declaración de los derechos. Cada una de estas tres direcciones, en cierto sentido, comparte una base común: el arraigo social. La constitución representa el pasado, el presente y el futuro de una sociedad. En ella se cuecen las fuerzas políticas y se izan las banderas de múltiples actores cívicos que construyen el mapa en el que una sociedad incluye sus sueños.

Esto no ha sido así siempre. A la constitución, como presupuesto sobre el cual se erigen los atributos personales, sociales y culturales, le precedieron los alquimistas, los profetas, los sacerdotes y la ley. Pero dado el proceso de juridificación de la constitución, trazado en los supuestos fácticos del sistema estadounidense (*Marbury vs. Madison*) y de las precisiones teóricas de Hans Kelsen, la constitución asoma al mundo de posguerra en una posición definitiva para reinterpretar la esfera de validez del orden jurídico. Esta alteración significa la revisión del sistema de fuentes y, de manera colateral, la revisión del modelo político democrático y del modelo económico liberal.

Cada una de estas correcciones implica comprender de qué manera se abre el horizonte jurídico, político y económico. El cambio en el sistema de fuentes del orden jurídico posiciona a la constitución sobre la ley. De allí que el poder judicial sustituya en liderazgo, discrecionalidad y poder creador del derecho al poder ejecutivo y a los miembros del poder legislativo. Los jueces dejan de ser simples espectadores o aplicadores del derecho, en la dirección propuesta por Montesquieu y se arrojan, con viento a favor y en contra, a replicar premisas clásicas como la seguridad jurídica o la previsibilidad de sus decisiones, para permitir, en nombre de las disposiciones constitucionales, actuaciones que bajo una aplicación irrestricta e incondicionada de las disposiciones legales se tipificarían como prevaricato. Es así como se ha concedido en sede de tutela la creación de derechos fundamentales, la concesión de exigencias que la ley no tocaba con el ánimo de asegurar la instalación del mínimo vital, de la progresividad o de la dignidad. La ciudadanía ha advertido cómo en el seno del poder judicial suceden transformaciones sociales, políticas y culturales. El lenguaje constitucional posibilita la conquista de los derechos de los ciudadanos, quienes, aun en su condición de expresión minoritaria (por no contar con apoyo electoral), ven que las sentencias de tutela o de constitucionalidad ordenan a una autoridad pública dar, hacer o no hacer algo en favor de ellos.

Desde el punto de vista político existe una corrección muy importante —líneas abajo se explica esta corrección— para entender la relación entre mayorías y minorías en el escenario de regímenes democráticos, y solo en ellos. En cualquier régimen diferente a la democracia que se vale de esta corrección, campean para la mayoría sus intereses por medio del direccionamiento de la opinión y la consumación de sus logros en las urnas. La democracia se corrige a sí misma en cuanto se anima por el espíritu de impedir que una mayoría, en el sentido más amplio de lo propuesto por Rousseau, decida la suerte de la vida en sociedad. Por tal motivo, se ha asegurado con la inclusión constitucional de los derechos fundamentales, desde Bonn en 1949, que exista un límite de acción en el ejercicio del poder público. Es la referencia de Danilo Zolo a la *teoría del coto vedado* o a lo que Luigi Ferrajoli denomina la *esfera de lo indecible*. Es reconocer la existencia de una órbita institucionalizada, en la que reposa el núcleo de unos derechos básicos, a los que la mayoría, en sus múltiples manifestaciones, sencillamente no tiene acceso.

Solo en el escenario de una democracia corregida resulta posible que opere un poder popular y ciudadano que se exige respetuoso de los derechos básicos de las minorías. Minorías no en sentido cuantitativo sino cualitativo. Minorías en el sentido de grupos cuyas demandas no gozan de respaldo electoral. Por ello se exige dentro de este modelo de democracia corregida que exista un órgano garante de sus demandas y sus derechos. Que disponga y se valga de recursos jurídicos para actuar sin atender banderas políticas, sin necesidad de

deberse al electorado, expresado en factores reales de poder, grupos económicos o dinastías políticas. Un órgano de naturaleza judicial, siguiendo a Kelsen, que por medio del control constitucional, asegure que el fundamento filosófico de la democracia: el relativismo, tenga un lugar central en el hemiciclo legislativo y ejecutivo.

En el escenario económico liberal también opera la corrección. La premisa clásica liberal de la mano invisible del mercado, formulada por Adam Smith, en la que la oferta genera su propia demanda y, por ello, la intervención estatal debe ser mínima, se viene abajo con la quiebra financiera estadounidense de 1929 y todos sus efectos colaterales en la economía europea. La única vía posible de reintegración material y económica del primer mundo que ha sido devastado por la Gran Guerra solo tiene una salida, la trazada por John Maynard Keynes, asegurar una fusión entre liberalismo y socialismo. La fusión que da origen a lo que Hermann Heller acuñara bajo la denominación de *Estado social de derecho*. En esta forma de entender el Estado se transita sobre dos abismos. De un lado la implementación radical del liberalismo, incapaz de reducir la brecha de la inequidad que genera el libre mercado; del otro, la aniquilación de las libertades individuales que genera la estatalización de los medios de producción. Otra vez Bonn es la primera constitución en declararlo de manera explícita. Y desde allí, se han inspirado diferentes cartas y líneas políticas para asegurar la libertad plena de quien sea capaz de satisfacer sus necesidades básicas y la intervención estatal necesaria y requerida para auxiliar a todo aquel que requiera condiciones materiales, asignadas por el Estado para asegurar un puesto en el partido social y económico. Tal como lo ha sintetizado John Rawls en sus *Dos principios de justicia*, condiciones de igualdad para todos y condiciones de especial protección para los menos aventajados.

El presente libro recoge los resultados de investigación discutidos entre estudiantes y profesores en la primera Escuela de Verano dedicada a las reflexiones sobre la constitución y el constitucionalismo, en las instalaciones de la Institución Universitaria de Envigado durante una semana de junio del año 2018. La escuela fue el punto de llegada de una sumatoria de esfuerzos por generar espacios de discusión técnica, analítica y reflexiva sobre las investigaciones en temas constitucionales relacionadas con las direcciones anteriormente señaladas.

Este libro es una puesta en escena de reflexiones acerca de los problemas capitales de los estudios de la constitución y del constitucionalismo. Constitución como objeto de estudio y constitucionalismo como lenguaje de análisis político a través del cual se exige la limitación del poder en un entorno democrático, republicano, garante de libertades individuales y, asistencia pública frente a derechos básicos que provean dignidad individual y equidad social. Así también, la protección de los derechos fundamentales, custodiados por el poder judicial, la corrección de la democracia y la corrección del liberalismo encarnan la esencia

del *Estado social, constitucional y democrático de derecho*, tal como se instaló en Bonn y como se ha replicado en el mundo, incluida Colombia desde la promulgación de la carta vigente el 4 de julio de 1991. De la naturaleza, estructura, funcionalidad y amenaza se habló, mediante diferentes modalidades a lo largo de toda la semana de esa Primera Escuela de Verano que ha quedado grabada en los textos que se presentan a la comunidad académica en este libro.

Cada uno de los capítulos que integra este texto se inserta en una de las grandes líneas de comprensión del problema de los estudios de la constitución y del constitucionalismo. Cada uno de los capítulos responde a alguna de las siguientes preguntas rectoras: ¿qué se debe conocer de la Constitución?, ¿qué demandas sociales reposan sobre el contenido constitucional?, ¿qué cambios sociales se avizoran con ocasión del desarrollo constitucional? Con estas preguntas como derrotero podemos abrir la puerta al libro para permitir que cada uno de los diez capítulos sea estudiado a la luz de lo que significa la coherencia de asegurar en escenarios democráticos y plurales que las voces más disonantes, incluso las que sospechan de la democracia, tengan cabida, voz y voto.

Así las cosas, en el capítulo primero, los profesores Palacio Mesa y Rendón Ángel sostienen que el asiento democrático sobre el cual se erige la continuidad del constitucionalismo está en juego permanentemente cuando es capaz de permitir que voces abiertamente disonantes a la democracia sientan que tienen un espacio donde elevar su canto de guerra. Por su parte, el trabajo del profesor Jurado Castaño, en el capítulo dos, muestra cuáles son y en qué consisten las tres dimensiones —teórica, metodológica e ideológica— a través de las cuales puede edificarse una fundamentación estructurada sobre la cual pensar y describir una constitución y el constitucionalismo. Esta noción de constitución está inserta en la ruta de edificación del Estado constitucional, social y democrático de derecho. De allí que el debate empiece a concentrarse en dos grandes grupos.

Un primer grupo reflexiona acerca del contenido de los problemas actuales del Estado social de derecho. Alrededor de esto se encuentran: el capítulo quinto, escrito por el profesor Restrepo Tamayo sobre la naturaleza y contenido de los derechos fundamentales; el capítulo cuarto, referente a la racionalidad de la rama ejecutiva del poder público para asegurar la continuidad de un modelo que difícilmente ha logrado sostenerse en el escenario de economías no desarrolladas, escrito por los profesores Roncancio Bedoya, Hoyos y Guevara; y los capítulos tercero, séptimo y noveno, correspondientes al oscilante reto de describir el poder judicial: una tensión entre la discrecionalidad creadora de derecho, la corrección constitucional del derecho de familia, la seguridad jurídica y el prevaricato, presentado en las entregas realizadas por los profesores Moreno Mosquera, Estrada Vélez, Gaona Domínguez y Núñez Torres, respectivamente.

Un segundo grupo se ocupa de analizar el funcionamiento de los tribunales constitucionales en tanto realizadores de principios que hagan posible la instalación de un régimen democrático participativo, escrito por el profesor Moreno Viáfara, en el capítulo sexto; la salvaguarda del derecho a la alimentación, la soberanía alimentaria y el acceso al uso y goce del suelo en el marco del cambio climático, presentado por el profesor Terreros Calle, en el capítulo octavo; y unas reflexiones críticas sobre urbanismo y derechos sociales, en las que el interés general y la prevalencia de los recursos públicos deben ser contrastados con los principios constitucionales articulados a los documentos expedidos por el CONPES sobre la contratación estatal, según se exponen por Ospina, Hoyos y López, en el capítulo décimo.

El conjunto de esta obra dedicada a los problemas de la constitución y del constitucionalismo desde los dos campos de discusión y análisis señalados se ha desarrollado a partir de un mismo marco metodológico cualitativo y siguiendo un enfoque hermenéutico. A todos los textos les es común una labor interpretativa que ha partido de la gramática constitucional de los textos normativos y jurisprudenciales como su objeto para analizar el alcance, las implicaciones y el sentido de sus enunciados a la luz de un contexto actual cargado de preguntas y problemas. Esta coherencia metodológica hace que los análisis y argumentos presentados en este libro alrededor de los problemas de la constitución y del constitucionalismo se constituyan en un mismo esfuerzo construido a varias manos y una base argumentativa para creer que este proyecto es solo el primer paso de los muchos que han de sucederse. Muchos, porque hay una necesidad epistemológica de seguir pensando el derecho, la sociedad, la actividad judicial, la justicia, el Estado, la legalidad, la legitimidad, la democracia, el debido proceso, la filosofía política, la equidad, la dignidad y los demás derechos fundamentales, a la luz de las disposiciones constitucionales.

Este texto ahora deja de ser el esfuerzo particular de sus autores y editores para convertirse en un objeto cuya titularidad reposa en toda la comunidad académica a la que está dirigida gracias a que hay voluntad institucional para respaldar el tipo de encuentros en el que estudiantes, profesores, doctrinantes e investigadores se atreven a deliberar y a poner en el formato de capítulo su trabajo académico e investigativo. En este sentido, este libro pasa a ser un soporte para todos aquellos que sienten que a través de las palabras se reducen las posibilidades de la violencia. Para todos aquellos que sienten que, a través del diálogo, se construye una sociedad más plural. Para todos aquellos que se sumaron a la Primera Escuela de Verano, que fue el primer eslabón de los muchos que siguen, porque sentimos un aliento necesario y vital para seguirles apostando a este tipo de posibilidades.

Sentimos de parte de las máximas directivas de la Institución Universitaria de Envigado y de la Universidad de Medellín el respaldo suficiente para seguir soñando con más eventos como la Escuela de Verano, dedicada a las reflexiones sobre la constitución y el

constitucionalismo. Contamos con la colaboración de profesores y amigos que siguen sumando esfuerzos para que este evento y esta publicación no sea solo un punto de llegada sino el punto de partida para seguir publicitando lo que significa el mundo a partir de la constitución y lo que significa la constitución en su paso por el mundo.

Por esa razón es que estas líneas de introducción son a la vez las líneas de gratitud para los directivos de la Institución Universitaria de Envigado por medio de su señora rectora, doctora Blanca Libia Echeverri, el señor vicerrector de Docencia, Henry Roncancio González y el señor decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Gabriel Alonso Campuzano Cadavid; al señor rector de la Universidad de Medellín, Federico Restrepo a todo el grupo de estudiantes, asistentes y ponentes; al equipo editorial que se ocupó de asegurar la transición de ponencia a artículo y a los investigadores colegas Ivanna Calvete, Liz Lauren Gil, Juan Esteban Aguilar, Sebastián Blandón, Mariana Restrepo Marulanda y Daniel Montoya. A cada uno de ellos nuestra más sentida gratitud. Y de manera muy especial, a todo aquel que se permita iniciar la lectura de este texto como pretexto de comprensión del constitucionalismo: para él está hecho y a él está dedicado.

1. Inmanencia, posverdad y deliberación: el nivel de madurez de la cultura democrática y el riesgo de manipulación del discurso de la universalidad de los derechos humanos¹

Rubén Darío Palacio Mesa
Juan Edilberto Rendón Ángel

1.1. Introducción: el problema de la inmanencia de la pregunta por los derechos humanos

Nos encontramos aquí ante una propuesta que la filosofía hace orientándose hacia dos campos disciplinares reconocibles y relativamente consolidados, pues se trata de una *antropología jurídica* que se pregunta, particularmente, por el componente ético involucrado en el modo como se construyen los conceptos de persona y de sociedad. Y los derechos humanos son la propuesta teórica gracias a la cual se puede modular el vínculo entre ambos. Por eso, antes de poder plantear una definición de derechos humanos se debe proponer una definición de persona y de sociedad que evite los desbordes de trascendentes. La filosofía admite aquí la restricción, que sigue siendo metafísica, a la esfera de la inmanencia de los conflictos de la experiencia humana concreta.

De modo, pues, que se trata acá de enfrentar la inquietud por el sentido de los derechos humanos con la pregunta por su definición. Se debe tener presente que tal vez tanto el sentido —es decir, el reconocimiento de su importancia— como la definición —es decir, su delimitación conceptual— sean inoperantes en lo práctico si epistemológicamente hacen exigencias por un soporte exterior a las dinámicas planteadas por los acontecimientos humanos que se pueden asociar con la historia comprendida en sentido amplio o si políticamente se las propone fuera de una estructura diferente a la democracia. Porque decir *antropología*

¹ El presente capítulo se inscribe en la reflexión sobre el sentido del discurso de los derechos humanos realizada en el grupo de interés sobre discursividades, filosofía y política en el que participaron docentes de la Institución Universitaria de Envigado y de la Universidad de Medellín. Su metodología es de carácter comprensivo, sigue un paradigma filosófico hermenéutico y su estrategia es la revisión documental por medio del fichaje bibliográfico.

jurídica no es otra cosa que plantear del modo más general posible el problema de la definición, posibilidad, alcance y restricción del concepto de derecho humano y de la teoría que se pueda construir a partir de él, incluido su plural.

La posibilidad de que ese discurso devenga real se asocia con la democracia como el sistema de gobierno que admite el pluralismo y que permite rechazar cualquier tipo de totalitarismo ideológico. De entrada es, entonces, evidente el complejo y frágil entorno del que dependen tanto la *exigibilidad* de los derechos humanos en tanto derechos como su *viabilidad* en tanto que le imponen retos de admisión y financiamiento a un escenario que parece reconocerlos a regañadientes y que los admite solo cuando se llega a extremos de insistencia: es decir, que hacerlos humanos es un reto para el mismo sentido de humanidad de quienes se ven obligados a concederles admisión.

El problema de los derechos humanos es, por consiguiente, de carácter inmanente. Toda apelación a trascendencias de orden religioso o de carácter metafísico que desborden el límite de la experiencia humana concreta y verificable se consideran aspiraciones con una legitimidad inabordable en términos del quehacer de las instituciones que estructuran y hacen funcional la esfera de lo humano. Y lo humano se comprende como lo sometido al tiempo en el que los fenómenos pueden convertirse en conocimiento, en el que el sufrimiento puede comprenderse y tratar de remediarse y en el que las aspiraciones por la reivindicación de los derechos pueden llevarse a cabo, sea por la vía de lo social o sea por la vía de lo jurídico. Es una antropología inmanente que, en lugar de suprimir la trascendencia, admite su propio déficit, marcado por lo que Kant denomina el límite trascendental de lo que se puede conocer; es decir, que se trata de experiencias con sentido que, para que sean significativas social y jurídicamente, tienen que estar vinculadas obligatoriamente con hechos. Los detalles de esta discusión se encuentran en dos pasajes particulares de la *Crítica de la razón pura* (Kant, 2009): en la “Estética Trascendental” (A19/B33-A49/B73) y en la “Analítica de los Conceptos” (tanto en la “Deducción Metafísica”, en A64/B89-A95/B129, como en las dos redacciones de la “Deducción Trascendental”, en A95-A130 y en B129-B169), primer libro de la “Analítica Trascendental”. Lo que en la actualidad llamamos *hecho*, de acuerdo con el fundamento kantiano, tiene que ser un dato con operatividad en tanto conocimiento.

En lo que sigue se tratarán tres ejes temáticos que permiten comprender esta tensión. El primero estará dedicado a los presupuestos filosóficos de los derechos humanos; el segundo, a los presupuestos de una teoría general de los derechos humanos y al modo como la *posverdad* —palabra que se prefiere a la incluida por el diccionario de la RAE con el solo propósito de resaltar que se está abordando un problema teórico formulado en un entorno en lengua inglesa: *post-truth*— termina desvirtuándolos con facilidad; el tercer eje se ocupará del problema que tienen las democracias para salvaguardar esos derechos cuando es la pos-

verdad la que domina la deliberación pública, hasta el punto de que la deliberación misma se deforma por abandono de los argumentos, y pasa a valerse de falacias y a convertirse en propaganda. La conclusión que se extraerá es que los ejes coinciden en que hay una expresión de inmadurez democrática cuando existe un alto nivel de persuasión de la posverdad a pesar de la carencia o insuficiencia de los argumentos. La salvaguarda y la reivindicación de los derechos humanos son las primeras que se resienten cuando la democracia deviene en espectáculo mediático.

1.2. Presupuestos filosóficos de los derechos humanos

De modo intencional y con ánimo de debate se considerarán los tres presupuestos filosóficos más importantes de cualquier teoría sobre los derechos humanos: el primero, la autonomía como libertad sometida a norma; el segundo, lo individual en tanto énfasis en el sujeto que admite la necesidad de ser solidario; y el tercero, la dignidad humana como el criterio de ajuste interactivo —es decir, dinámico e inmanente— entre los derechos que impide que cualquiera de ellos devenga absoluto y, por tanto, rompa o supere el límite de la inmanencia del ámbito en el que el sufrimiento humano tiene sentido.

Primero, respecto a la libertad sometida a norma, se puede partir de la siguiente pregunta: ¿cuál es la salvaguarda que se puede proponer contra la guerra de todos contra todos y contra el hombre que se convierte en depredador de su semejante, las dos condiciones de la enemistad entre los hombres tan lúcidamente planteadas por Hobbes (1950) en el famoso capítulo XIII de su celebrado *Leviathan*?

Ambas son consecuencias que parecen inevitables luego de la fractura del dique metafísico que era Dios (Sloterdijk, 2003). Es decir, ¿qué criterio operativo puede evitar que con la disolución del cuerpo ontoteológico se disuelva también la estructura sociopolítica que hace posible la civilización occidental?

Lejos de ser apocalípticas, estas preguntas imponen la necesidad de hacer explícito el concepto que vino a reemplazar a Dios una vez fue herido de muerte por los cosmógrafos del siglo XVI y XVII. La larga agonía del monstruo ontoteológico terminó en algún momento de finales del siglo XVIII (Sloterdijk, 2004), tal vez a más tardar a comienzos del siglo XIX. Solo el Diógenes de Nietzsche (2011) en la *Ciencia jovial* se atrevió a advertir el déficit del descentramiento que significó esa indudable catástrofe ontológica, que sigue teniendo consecuencias en la actualidad: Dios, el garante del ser y de la totalidad, había muerto a manos de algunos de sus más fervientes seguidores (Sloterdijk, 2003). Y, sin embargo, no llegó el Anticristo. O al menos se pospuso su llegada.

Sloterdijk (1994) está en lo cierto cuando afirma que los derechos humanos llenaron el vacío conceptual que dejó Dios. Entendiendo Dios como problema filosófico y no como certidumbre religioso-dogmática, se abandonan todas las aspiraciones de la trascendencia y los asuntos humanos se deben tratar humanamente y dentro de los límites de lo humano, es decir, que se convirtió en un asunto inmanente. Y es que ya desde la época del acuchillamiento divino, en el siglo XVI, en el seno mismo de la más profunda convicción religiosa, hay una voz que advierte que el déficit metafísico aumenta el grado de autoconciencia pero no necesariamente para peor: Stefan Zweig (2014) aprovecha la figura del teólogo protestante Sebastián Castellio y hace de él una semblanza acertada como el primer pensador que propone la libertad de conciencia y la tolerancia en asuntos religiosos, al admitir que esas son dos de las condiciones de la secularización del problema del sentido y el valor de la existencia humana que no caigan en la cosificación, el desprecio y el asesinato. Y ambas —es decir, libertad de conciencia y tolerancia religiosa— serán la médula de la autonomía práctica kantiana, que, a su vez, es el componente neurálgico de toda la teoría posterior sobre los derechos humanos basada en la dignidad humana.

En efecto, en plena dictadura calvinista en Ginebra, corriendo el peligro que tiene que correr inevitablemente quien se atreve a decir lo que es necesario, quien se atreve al devenir parrhesiasta (Foucault, 2009; 2010), que Sebastián Castellio se haya atrevido a hacer una de las contribuciones más importantes al liberalismo occidental —que se puede definir de modo muy general como la doctrina de la filosofía política que tiene al individuo y las prerrogativas que lo hacen libre como el referente de la construcción teórica: independencia, igualdad y autogestión— expresa el carácter dialéctico que empuja el esfuerzo reflexivo filosófico: en el mismo momento en el que Dios vacila por primera vez y la cubierta metafísica se rasga, rebotante de sangre divina, la libertad de conciencia —como la emancipación de la mente humana del cepo de la revelación divina impuesta por autoridad dogmática— es el primero de los derechos humanos modernos, promulgado casi cuatrocientos años antes de la amarga declaración con la que se pretendió cerrar la catástrofe del siglo XX y que, como se verá más adelante, no fue más que una tercera edición de lo propuesto por Castellio. Cuando Calvino logra que el magistrado de Ginebra queame a Miguel Servet por una desavenencia en la interpretación de las Escrituras, Sebastián Castellio toma la vocería y se atreve a afirmar que la muerte de Servet es un crimen porque la conciencia no comete delitos, pues, la divergencia en la interpretación del texto bíblico no es motivo para condenar a muerte a un hombre.

Se trata de una revolución que está ocurriendo simultáneamente con la copernicana, en pleno siglo XVI, el del mecanismo y los *autómata*, esos artilugios construidos por el hombre pero que operan por sí mismos como si estuvieran vivos. Del mismo modo que

Copérnico saca a la Tierra del centro de la estructura del universo —obligando con ello a que se repiense el conocimiento devenido problema y no certeza— Castellio saca al dogma del centro de la estructura de determinación de la conciencia y fuerza con ello el repensamiento de la ética devenida *reto* y no *mandato*. Las acciones humanas ya no están condicionadas por un criterio trascendente, por lo que surge un nuevo tipo de antropología, que convierte al ser humano en la medida de todas las cosas, pero de un modo condicionado. Ya que a diferencia de la antropología solipsista y optimista de Protágoras, como la cita Platón en el *Teeteto* (152a) —de acuerdo con la cual el hombre es la medida de todas las cosas a las que se les asigna espesor ontológico—, se plantea una antropología de la cautela en la que la conciencia vuelve de nuevo sobre sí misma, en un esfuerzo de autorreflexión que se percata de que la libertad no es irrestricta, pero que debe atender a condicionamientos que ya no provienen de una fuente que se encuentra por fuera del mundo. Y esa fuente no puede ser otra que sí misma. Se trata del postulado de la autonomía, que será desarrollado por Kant (2002) en su planteamiento práctico.

La conciencia se hace autoconsciente para percatarse de que posee una libertad que tiene prohibido hacer todo lo que quiera. Esa es la gran contribución que hace Castellio en su alegato a favor de la libertad de conciencia: se puede pensar lo que sea en la medida en la que no todo pensamiento se lleve a la acción. La conciencia es libre siempre y cuando esté en capacidad de seguir su propio dictado y una vez ha tenido la honradez de pensarse y admitir sus limitaciones. Por tanto, una de las condiciones que se considera una limitación es la presencia, inevitable pero necesaria, de los otros.

Ahora, respecto a la individualidad y su orientación a la solidaridad, en la defensa que hace Castellio de la libertad de conciencia se encuentra tanto la alternativa por la solidaridad como la alternativa por el solipsismo. Y ambas alternativas son, a su vez, dos lecturas ideológicas de la libertad sometida a norma o autonomía: la que exacerba el liberalismo hasta el punto de desligar a la persona de su contexto sociopolítico y la que exaspera el comunitarismo hasta el punto de generar una especie de disolución de la persona en ese mismo contexto. La primera sobredetermina el límite de lo privado; la segunda sobredetermina la prevalencia del “bien común”. En el caso de los derechos humanos, la posverdad ha hecho unas lecturas perversas del modo como, por conveniencia, se impone lo uno o lo otro. Piénsese en la distribución de las ganancias del neoliberalismo en el primer caso y en las decisiones policivas de restricción de libertades individuales en el segundo.

Los derechos humanos están atravesados por esa paradoja que fluctúa entre la responsabilidad de quien toma decisiones argumentadas y el individualismo que solo quiere ocuparse de sus propios asuntos, en un contexto en el que no puede negar la presencia de los otros. En efecto, la libertad de conciencia como primer derecho humano hace que apa-

rezca esta nueva antropología centrada en el individuo que se reconoce a sí mismo a partir de la autopertenencia, que también es copertenencia. Por tanto, el segundo presupuesto que es oportuno mencionar es la prevalencia de la individualidad, en la que se entiende al ser humano como detentador de derechos. Se prefiere aquí la palabra *individualidad* en lugar de individualismo porque con la primera se admite la apertura a lo público y a la comunidad, mientras que con la segunda se enfatiza la carga de solipsismo que terminará resintiendo la esfera pública y sobrecargando el ámbito de influencia de lo privado, tal como lo han diagnosticado Bauman (2001; 2003; 2004) y Han (2012; 2013; 2014a; 2014b; 2014c). Individualidad, entonces, es la palabra que expresa la admisión de la presencia del otro como reto y como incentivo; individualismo es la palabra que expresa el rechazo de la existencia del otro en tanto competidor o enemigo.

La defensa de Castellio a la libertad de conciencia —libertad que, a su vez, es origen tanto de la individualidad como del individualismo— tuvo un efecto adicional sobre el debate posterior generado por la tensión entre la *autopertenencia* individualista y la *copertenencia* (Sloterdijk, 2003) de la individualidad: el planteamiento de la necesidad de solidaridad, que no es otra cosa que la identificación del otro a partir del padecimiento y el dolor que está sintiendo (Rorty, 1991). Podría parecer inexacto, pero se trata de un antecedente propuesto en la situación más desventajosa y de un modo casi predictivo, pues luego del asesinato de Servet, Castellio se atreve a hablar en su nombre, convirtiendo su caso particular de tormento injusto en causa general contra la intolerancia religiosa: se vuelve solidario con la convicción de Servet, aunque no compartiera las razones de tal convicción. Es una solidaridad *post mortem* que no es poco común.

El reproche que se le podría hacer a Castellio es que habló después de que el mal estaba hecho, porque Servet ya había sido torturado en la hoguera; que su alegato habría sido relevante solo si le hubiera salvado la vida al teólogo español. Pero ese no es el caso y ese es uno de los déficits de la pregunta por los derechos humanos, que devienen problema cuando faltan, sea porque no se los puede garantizar, sea porque se los haya violado. Lo importante es que Castellio, en el contexto de una tiranía del espíritu en el que nadie se atrevía a hablar, alzó la voz cuando reconoció que la violencia había llegado al extremo, en un momento en el que el sentido de la tortura se podía asociar con el problema del comienzo del surgimiento de los Estados (Maier, 2017). Se puede considerar que esa es la primera definición de solidaridad: convertir en propia una causa ajena porque la convicción —es decir, la conciencia que atiende argumentos— lleva a compartirla. Castellio no estaba de acuerdo con lo que Servet sostenía, pero repudió que el teólogo español fuera torturado y asesinado a instancias de Calvino por atreverse a sostenerlo.

De modo que la libertad de conciencia surge al objetar que haya algo como un crimen del pensamiento y todo el planteamiento de los derechos humanos depende de ella. De hecho, como se verá con la posverdad, la mayor distorsión de este fundamento se encuentra en las democracias en las que los ciudadanos ejercen su derecho a opinar y a decidir apoyando planteamientos que solo los seducen y tomando decisiones que solo los perjudican. Es la bancarrota de la libertad de conciencia, pues solo le sirve de disfraz al Estado de opinión, esa neotiranía ejercida sobre conciencias perezosas que reniegan abiertamente del *sapere aude* kantiano: las redes sociales y el comportamiento de los votantes en elecciones son expresiones que hacen patente este ejercicio de la política por medio de la mediocridad deliberativa, del *laissez faire*, lo cual se puede considerar el máximo éxito de la posverdad.

Después de la contribución de Kant (2002) al plantear la dignidad como un componente intrínseco del ser humano, pero que es competencia y responsabilidad de él mismo, la solidaridad dejó de ser *post mortem* y se convirtió en una disposición, en una alerta, en una inquietud incapaz de anticipar las atrocidades, pero dispuesta a encararlas cuando se presentan. Pero alguien debía plantearla e inevitablemente debió ser en un caso extremo. La semilla de la solidaridad es la convicción surgida del sufrimiento ajeno, por lo que era inevitable que la regara la sangre de un hombre inocente. De hecho, el mismo patrón formativo lleva a que la dignidad humana se convierta en tema jurídico y funda una época después de 1945 (Masferrer, 2017), una vez ocurridos algunos de los acontecimientos más pavorosos de la historia humana. En efecto, los derechos humanos no son otra cosa que la secularización de ciertos presupuestos religiosos —particularmente, judeocristianos (Onfray, 2018)— a los que caracteriza la sensatez de la tolerancia. Y secularización no es otra cosa que el esfuerzo por fundamentar teóricamente —filosóficamente, si se quiere— un presupuesto de razonabilidad consagrado hécicamente, es decir, por el refinamiento de la costumbre. Se trata de un proceso cuestionable y, por tanto, abierto al debate *contingente e inmanente*.

Lo anterior es de suma importancia para el planteamiento con el que cierra este capítulo sobre la relación entre democracia deliberativa y posverdad: los presupuestos de razonabilidad hécica pueden ser rechazados valiéndose de motivos espurios y violentando los triunfos democráticos de la tolerancia. Este es un elemento que no se puede perder de vista: el problema de los derechos humanos está en perpetua discusión y siempre habrá ocasiones en las que las decisiones carezcan de razonabilidad por un hecho simple y desafortunado pero que se debe admitir, a saber, la falta de madurez de quienes participan en los debates y que tiene dos variantes igualmente inquietantes: el abierto desinterés o la ignorancia supina.

De modo que los derechos humanos son el planteamiento teórico que surge de, y que se fundamenta en, esta realidad dolorosa que desde entonces no hace más que repetirse, hasta el punto de que se trata de prerrogativas que requieren de aval jurídico y que terminan

expresando su operatividad cuando se corre el riesgo de su violación o cuando tal violación ya ha tenido lugar. Cada atrocidad ocurrida desde 1551 no hace más que repetir el sacrificio de Servet y de darle la razón a Castellio. La solidaridad solo brota allí donde ha habido sufrimiento, y la única alternativa para no tener que ser solidario *post mortem* es aplicar la virtud práctica que propone Castellio: la tolerancia. Más adelante se volverá sobre este aspecto, que es el que explica y justifica todas las menciones acerca de este pensador al que Zweig ha rescatado de su inmerecido anonimato.

De esta manera, la tolerancia es la virtud práctica que permite precisar uno de los debates más importantes de la actualidad: el del individuo y la forma como determina sus prerrogativas frente a la comunidad de la que hace parte. Se puede anticipar aquí que la tolerancia es el ejercicio concreto de la dignidad de la persona que está al frente reclamando, con su sola presencia, que se le reconozca y, con ello, se le dignifique. Esa es la tensión que atraviesa el debate por los derechos humanos en el esfuerzo por hacer que la democracia sea deliberante, es decir, que tenga la capacidad de proponer sus aspiraciones y de tomar las decisiones sobre los temas que generan la tensión permanente respecto a las reivindicaciones de los derechos mismos como prerrogativas inalienables, que no se pueden posponer ni derogar por razones de presupuesto, accesibilidad o pertinencia. El problema lo plantean, como se tematizará más adelante, el déficit mismo de la calidad de la deliberación y la posverdad.

Ahora, el reclamo por la salvaguarda o restablecimiento de los derechos humanos es visto como un discurso anticuado, reprochable, peligroso y hasta delictivo. Los esfuerzos por reivindicarlos —en particular la vida, la salud y la educación, porque el tema de la propiedad, al menos en Colombia, es un tabú— siempre terminan poniendo en riesgo manifiesto a sus voceros, que acaban estando a mitad de camino entre la parresia y el heroísmo.

Ahora es necesario tematizar el tercer aspecto filosófico que fundamenta la reflexión sobre los derechos humanos: la dignidad humana. Se la comprenderá como la condición que hace que la persona, fin en sí mismo, no pueda ser tratada como medio. Pero se le añadirá el componente de inmanencia necesario para concebir al menos la posibilidad de reivindicarla: la *inmanencia* es un criterio de coordinación y subordinación de los derechos humanos que impide que uno de ellos devenga absoluto. En efecto, en virtud de la dignidad humana, ningún derecho humano puede ser tomado como absoluto, pero, bajo el mismo criterio, ningún derecho humano puede llevarse al extremo de la relativización porque perdería su poder vinculante y, por tanto, no cumpliría con salvaguardar la dignidad: “lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la *dignidad*” (Kant, 2012, p. 148). Tal valor intrín-

² Cursiva del autor.

seco es *inmanente* en la medida en que se reconoce la dignidad y esta tiene eficacia dentro de la experiencia concreta en la cual se presentan los casos particulares que hacen relevante la pregunta por los derechos humanos.

Por otro lado, la dignidad humana se puede considerar criterio de inmanencia y de contingencia. En efecto, lo que tienen en común todas las referencias y aspectos señalados es que la dignidad humana es un criterio inmanente de comprensión de todas las interacciones humanas de las que se puede tener evidencia concreta. Ahora bien, no son simplemente la evidencia de tales interacciones, pues entonces se estaría aplicando un reduccionismo fáctico que impediría comprender que la dignidad humana es, en tanto criterio que fluctúa entre derecho y valor (Hernandez, 2015) —es decir, entre las esferas de lo público y lo privado como un criterio irreductible—, un regulador de las determinaciones en el orden de prioridades a establecer entre los derechos *en cada caso*, al que es preferible considerar como derecho para que pueda ser fundamento teórico, pues en tanto valor (Sensen, 2015) la dignidad humana no tendrá la fuerza de actuar como determinación objetiva, como lo llama Kant (2012). Lo anterior se explica en la medida en que las personas son fines en sí mismas o como criterio de razonabilidad deliberativa, como se le prefiere denominar en el presente planteamiento.

El tema no es novedoso, pues Kant no se lo saca de la manga (Bacin, 2015). El filósofo prusiano aprovecha una larga tradición de reflexión y le da un giro genial. Por eso, el primer aspecto que se debe tener en cuenta es que la dignidad no es un concepto con definición precisa: “The notion of human dignity fulfils different normative functions, making demands on heterogeneous resources for justification” (Gutmann y Quante, 2017, p. 322).³ El problema de esta justificación heterogénea es que advierte que el empleo de la palabra, en particular en los documentos de derecho positivo vigente, no son más que significantes, lo que hace necesario que un operador normativo con la investidura requerida determine su significado y enfrente las variaciones que puede llegar a tener dependiendo del caso concreto respecto al cual tenga que realizar la modulación. Este reto jurídico expresa que los recursos múltiples y variados para justificar la dignidad humana no pueden impedir el riesgo de hacer adaptaciones de sentido caprichosas y carentes de una verdadera fundamentación teórica. La posverdad ha sabido aprovechar muy bien el carácter de apertura perpetua que tiene esta justificación para salirse con las suyas.

Además de la definición abierta e imprecisa de la dignidad humana, el estudio de su alcance también ha puesto de presente el debate sobre la influencia de Rousseau en el planteamiento kantiano, por lo que se tiende a olvidar con mucha facilidad el componente que Kant añade:

³ “La noción de dignidad humana satisface diferentes funciones normativas, con lo que hace exigencias a recursos de justificación heterogéneos” (traducción de los autores).

The significance of Rousseau's comparison of natural man and civilized man for Kant is thus obvious. But what is less obvious, though crucial to understanding Kant's debts, is the degree to which Kant understood the distinction of natural man and civilized man not merely as one of sentiments but rather as one of cognition (Hanley, 2017, p. 385).⁴

La importancia que tiene para Kant la razón —que el mismo filósofo denomina *facultad legisladora a priori*— es lo que no tiene en cuenta el autor de la cita. El problema para Kant ya no es el de comparar lo natural con lo civilizado, sino que, dando por hecha la riqueza de la experiencia humana en tanto criatura civilizada, el reto se encuentra en cómo el sujeto racional se comporta como tal, siguiendo el dictado de su razón. No tiene que verse como un rompimiento con Rousseau, pero sí es claro que Kant no tiene nostalgia alguna por un estado de pureza perdido, ni siquiera como hipótesis *ad hoc*.

Respecto a las características que tiene la dignidad humana de acuerdo con Kant, se pueden señalar las siguientes: un estatus deóntico, alcance universal, igualitario, con fuerza normativa, de aplicación amplia, de carácter falible, basada en la libertad y dependiente de la capacidad de hacer uso de la propia razón (Gilabert, 2017). El alcance universal es, por supuesto, de carácter inmanente, es decir, circunscrito a las experiencias significativas humanas. Por eso, de cara a la función reguladora que cumple en el debate que la democracia deliberativa hace posible, la dignidad humana tendría suficiente con que se la definiera como la disposición a considerar al otro como indispensable e irremplazable (Brune, 2017), que en el debate nadie es imprescindible y que se debe admitir que las mejores argumentaciones siempre dependerán de responder adecuadamente a las exigencias que impone el caso *in concreto*, que el debate es teórico pero que no se resuelve *in abstracto*. La falibilidad como característica de la dignidad humana establece el límite infranqueable hacia la trascendencia, y fuerza a admitir que es necesario enfrentar esa falibilidad por medio de la deliberación democrática respecto a la mejor decisión que se pueda tomar para encarar y resolver ese déficit. Como se verá más adelante, lo razonables y sensatas que sean tales decisiones depende de la madurez del debate democrático, acechado permanentemente por la adulteración.

La dignidad humana propuesta por Kant ha demostrado su versatilidad teórica, pues no es un mero parroquianismo —es decir, un término apropiado solo para su época y contexto específicos— que se deba reducir a su momento histórico (Macinnis, 2016). De hecho, la característica más importante que tiene es su fuerza comprensiva y su versatilidad para adaptarse a las transformaciones sociopolíticas que sean compatibles con los presupuestos de

⁴ “El significado de la comparación de Rousseau del hombre natural y el civilizado es entonces obvia para Kant. Pero lo que es menos obvio, aunque crucial para entender las deudas de Kant, es el grado en el cual Kant entendió la distinción de hombre natural y hombre civilizado no en términos de sentimientos sino de conocimiento” (traducción de los autores).

la Ilustración y de la autonomía, hasta el punto de que puede asimilar un reto como el que le propone la bioética (Reichlin, 2017; Byers, 2016; Chan, 2015) o la política para los refugiados (Koudelka, 2016), la cual no es incompatible con la propuesta realizada por el filósofo prusiano. Si bien hay razones para inquietarse por la amplitud y ambigüedad que posee el término, las determinaciones sobre el carácter básico que tiene la dignidad humana permiten plantear al menos restricciones o salvaguardas por vía de la negación.

El planteamiento de la dignidad humana por Kant y su replanteamiento en el siglo xx se basan en una relectura de algunos de los presupuestos del protestantismo en el caso de Castellio: la tolerancia se puede considerar la versión secular de la caridad y del amor al prójimo, lo cual modifica el sentido de la carga del compromiso adquirido, pues no se trata de un mandato trascendente del tipo “porque Dios lo quiere” o “porque Dios lo manda” sino de una exigencia inmanente que tiene como límite la identificación con la necesidad, la debilidad o el sufrimiento del otro:

Kant, although himself a Christian, sought to try to justify the special position of mankind without reference to God or to the notion of his being created in God’s image and likeness. First, he distinguished between the terms *price* and *dignity* and argued that a price is assigned to something that can be exchanged for something else (as in a market). A cow can be exchanged for a horse on this basis. A human being, however, cannot be assigned a price because he cannot be exchanged for another human being or for another object. This is because man possesses *dignity*. This dignity, which distinguishes him from all other creatures, derives, according to Kant, from his *capacity for moral reasoning* (Loughlin, 2016, p. 328).⁵

Es decir, que no se trata de cumplir con exigencias ontológicas, como ser hijo de Dios; ni sociológicas, como pertenecer a un pueblo elegido; ni trascendentes, como tener un alma inmortal, por más que esa sea una de las ideas regulativas de la razón. Es la capacidad de razonamiento moral que, en el caso de Kant, conducirá siempre a cumplir con el deber determinado por el imperativo categórico o que llevará a que se tome la decisión que la deliberación democrática encontró como la más razonable.

Lo anterior vuelve a plantear que la ambigüedad en la definición de la dignidad humana establece el reto de determinar cuál es su función:

⁵ “Kant, aunque él mismo era cristiano, buscó justificar la posición especial de la humanidad sin referencia a Dios o a la noción de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios. Primero, distinguí entre los términos *precio* y *dignidad* y arguyó que el precio se asigna a algo que se puede intercambiar por algo más, como en el mercado. Según esto, una vaca se puede cambiar por un caballo. A un ser humano, sin embargo, no se le puede asignar precio porque no puede ser intercambiado por otro ser humano, no por otro objeto. Esto es así porque el hombre posee *dignidad*. Esta dignidad, que lo distingue del resto de criaturas, se deriva, según Kant, de su *capacidad de razonamiento moral*” (traducción de los autores, énfasis en el texto).

The modern legal notion of dignity displays a complex character between an illustrative quality and a prescriptive concept, the so-called is-ought dilemma in law, a legal phenomenon which was described by Habermas as a ‘fusion of moral content with coercive law’ (Steinmann, 2016, p. 2).⁶

Ciertamente, ¿es solo una cualidad ilustrativa como la que poseen las personas venerables que adoctrinan con el ejemplo o es un concepto prescriptivo por medio del cual se determina un modo de obrar que debe ser un patrón objetivo, en la medida en la que no está asociada con una persona particular? Por eso, “the difficulties experienced in defining the term have raised concerns regarding the degree of judicial discretion proper in the application of human dignity, as well as the extent of the ideological manipulation which the concept could be subject to” (Steinmann, 2016, p. 2).⁷ De las dos dificultades —la jurídica y la ideológica—, la segunda es la que interesa en este capítulo.

La posverdad le hace sombra en particular a la dignidad humana y en general a los derechos humanos cuando, por cálculo instrumental, procede de modo discrecional, unas veces sobredeterminando el derecho y otras tantas trivializándolo. Por lo primero, se corre el riesgo de que a un derecho particular llegue a concedérsele tanta influencia que se le declare absoluto y, por ende, trascendente a las experiencias particulares en las que se deben modular derechos específicos: un buen ejemplo de esto es la vida para algunos grupos religiosos, que según su convicción se tiene que preservar a toda costa. Por lo segundo, se llega a considerar que no hay ningún derecho tan valioso como para protegerlo en alguna circunstancia extrema: Sandel (2010) pone el ejemplo de la ley de oferta y demanda, después de ocurrido un desastre natural: un hipotético grupo de ciudadanos que lo haya perdido todo deberá seguir pagando lo que decida el mercado.

En consecuencia, sin el control específico de la dignidad humana, un absolutismo radical convertirá uno de los derechos en criterio trascendente. Un relativismo radical llevaría a que los derechos se disolvieran por trivialización. La posverdad consigue que se lleguen a esos extremos en los que se pierde la razonabilidad y la deliberación fracasa. La dignidad humana tiene, como se vio en este apartado, una versatilidad teórica que le permite funcionar como criterio de determinación deliberativo, admitiendo que su manipulación puede llevar tanto a absolutismos como a trivializaciones. Por tanto, la situación actual de los derechos

⁶ “La noción legal moderna despliega un carácter complejo entre la cualidad ilustrativa y el concepto prescriptivo, el famoso dilema legal entre el ser y el deber-ser, fenómeno legal que Habermas describió como ‘fusión de contenido moral con ley coercitiva’” (traducción de los autores).

⁷ “Las dificultades experimentadas en la definición del término a generado inquietudes respecto al grado de discreción judicial propia de la aplicación de la dignidad humana, además del alcance de la manipulación ideológica que se puede hacer del concepto” (traducción de los autores).

humanos no es solo un asunto teórico como el de la relación entre las generaciones de derechos (De Baets, 2015), sus fuentes o sus relaciones, sino también el de su uso ideológico.

1.3. Presupuestos de una teoría de los derechos humanos frente a los riesgos de la posverdad

Se señalarán los tres primeros presupuestos de un posible protocolo de deliberación argumentada sobre el problema perpetuo de los derechos humanos: legitimidad, razonabilidad y aplicabilidad. Sin duda alguna que hay más, y se pueden mencionar al menos tres: validez, consistencia y sostenibilidad. Sin embargo, la elección obedece a tres motivos: *brevedad*, *precedencia* y *trivialidad*. La brevedad es una restricción de carácter expositivo, y se hace necesaria por motivos de concisión. La precedencia, por su parte, obedece a un orden de prioridades eminentemente teórico, pues los tres presupuestos están en la base o son condicionantes de los restantes presupuestos que se puedan plantear en cualquier variante de la teoría. De hecho, se le puede denominar la parte general de una teoría de los derechos humanos.

La tercera razón para proponerlos se nombra con un neologismo poco apetecible pero oportuno: la posverdad tiene la capacidad de trivializar estos presupuestos hasta el punto de *revertirlos*, *disolverlos* o *invertirlos*. Los revierte al lograr que el derecho humano ya adquirido y consolidado pierda el soporte del derecho positivo vigente. Los disuelve cuando logra que social y mediáticamente se les confunda con delitos o con privilegios que no tienen ningún tipo de vínculo con ellos. Los invierte cuando hace que sean vistos como la autorización disfrazada de una conducta punible, aunque tal conducta carezca de vinculación demostrable. Los tres mecanismos emplean tácticas de persuasión que renuncian a la argumentación, por lo que lo absurdo, lo improbable y lo carente de evidencia pueden tener más capacidad persuasiva que lo consistente, lo que ha sido verificado o lo que ha sido demostrado.

Se puede definir la legitimidad como el ajuste de la teoría a los presupuestos socio-normativos que imponen tanto la constitución y las leyes como los instituidos y los imaginarios del contexto social en el que el derecho aspira a tener funcionalidad. La pugna respecto a este presupuesto se da porque la consagración normativa *siempre es deóntica* y siempre implica un debate que se dilata en el tiempo y que sufre un desgaste mediático del que la posverdad, a su vez, siempre saca provecho.

Así que una teoría sobre los derechos humanos será legítima si y solo si la puede suscribir el derecho positivo vigente, la estructura social está en capacidad de soportarlos y tiene la solidez suficiente para resistir los ataques de posverdad. Como en una carrera de obstáculos, en términos de complejidad y dificultad, cada una de las tres condiciones es más difícil de lograr que la anterior.

Las tres condiciones suelen coincidir cronológicamente, por lo que la objeción a la legitimidad está planteada desde el comienzo y ninguna apelación a la historia disminuye las resistencias ni afloja los prejuicios: el matrimonio de parejas del mismo sexo, la reversión de la posesión de la dosis mínima, el aborto, la eutanasia son propuestas de derechos humanos que tienen un tratamiento mediático antes que teórico o jurídico.

La *razonabilidad* es el acompasamiento de la teoría con las exigencias del planteamiento en cuanto teórico. Es decir, que se debe encarar aquí el reto de explicar y justificar debidamente cualquier tipo de novedad, modificación o alternativa que se proponga frente a un derecho humano ya constituido y positivizado o ante la posibilidad de que surja un nuevo derecho.

Este presupuesto es el más importante cuando se realiza una reflexión —por tanto, una valoración teórica— respecto a los derechos humanos. Determinar si una propuesta respecto a ellos es o no razonable y, si lo es, en qué medida, es uno de los retos más importantes, y el que tiene que ver directamente con la deliberación democrática en la que todo el mundo, por el mero hecho de hacer parte de cualquier institución social, puede hablar. Ese es el riesgo, pues en el mejor de los mundos posibles —ese en el que todas las voces están bien educadas y hacen sus aportes sin caer en el prejuicio, la maledicencia o la mala fe— la democracia deliberativa siempre saldría fortalecida porque siempre prevalecería no solo el argumento más consistente —es decir, formalmente satisfactorio—, sino el que mejor atiende de las necesidades de la comunidad democrática deliberante *en su conjunto*.

En su conjunto, es decir, exigiendo un ejercicio de pluralismo, inclusión y tolerancia, admitiendo que democracia no es la tiranía de la mayoría sino la reivindicación de los derechos de las minorías; un ejercicio de civilidad como el que plantea Castellio, como el que promueve Kant, como el que persigue la Declaración de 1948. El problema, es obvio, salta a la vista con solo expresar cómo *deberían* suceder las cosas, pues las evidencias de cómo es que *efectivamente* suceden también son visibles y desalentadoras. Platón —quien ya catalogó todas las objeciones que se le pueden formular a la democracia (Châtelet, 1995)—advirtió que lo que menos abunda en ese sistema de gobierno es el discurso razonable, vencen los oradores más persuasivos, y ellos muy rara vez quieren lo mejor para la *polis*: lo que buscan en la abrumadora mayoría de las ocasiones es salirse con la suya. Por ese motivo el discurso seductor es el que ha tenido siempre el dominio en la democracia, y si aplicaba en la democracia participativa en la que estaban incluidos solo diez mil atenienses, aplica todavía más en la democracia representativa de masas, en la que la capacidad argumentativa es claramente insatisfactoria.

La razonabilidad es, por tanto, el presupuesto más importante de toda teoría de los derechos humanos, y es también el que más fácilmente fracasa. No se trata simplemente

de lograr —como hace el operador jurídico— que las decisiones se ajusten a derecho. La razonabilidad de la que se habla aquí admite que esas decisiones se toman en un escenario mucho más amplio, el político, en el que las decisiones jurídicas también son estratégicas, y en el que los grupos de presión despliegan todas sus fuerzas para hacer de su interés particular una obligación general.

Es en este punto en el cual las aguas se vuelven turbias y la deliberación democrática demuestra su fundamental ingenuidad. La complejidad del esfuerzo reflexivo por determinar en cada caso qué es lo razonable respecto a los derechos humanos lleva a que sean las ideologías —que no son más que pseudoteorías *ready-made* para perezosos, incautos e intolerantes— las que terminen debatiéndose en una pugna en la que importa salirse con la suya y no el precio que tenga que pagar lo razonable. Con el admirable despliegue de las falacias argumentativas, terminan imponiéndose las peores prácticas de persuasión, entendida esta persuasión como la implementación de modos de lograr que alguien, en su propio perjuicio, diga, piense o haga lo que otro quiere: mentiras, montajes, desprestigios inventados, apelaciones a las emociones más básicas —miedo, odio o amor—, admiraciones irreflexivas, culto a la personalidad y caudillismo. Los *mass media* son el único elemento que falta por añadir para tener que admitir que la razonabilidad ha desaparecido engullida por la posverdad.

No se trata de caer en el pesimismo. No obstante, el carácter inmanente del planteamiento que se realiza aquí hace obligatorio que el esfuerzo teórico no pierda de vista el escenario en el que busca tener influencia. El primer paso para que el discurso teórico tenga validez práctica es plantearlo sin que la abstracción o el empleo de conceptos tenga como consecuencia el olvido de las coordenadas concretas en las que lo propuesto debe acontecer. Dicho de otro modo, la teoría debe cuidar de su propia aplicabilidad para que no termine convirtiéndose en mera deontología. La inmanencia persigue precisamente eso: que la brecha entre lo teórico y lo práctico se reduzca, aunque sea asintóticamente.

Respecto a la aplicabilidad, se trata solo de que la reivindicación propuesta teóricamente esté lo más cerca posible de que se cumplan todas las condiciones que lo lleven a su efectividad. Aquí se vuelve a presentar un problema teórico con desafortunadas consecuencias prácticas. Mientras que en la legitimidad el riesgo es el revisionismo y en la razonabilidad el riesgo es la intolerancia, en la aplicabilidad el riesgo es la ausencia de sentido solidario. Los derechos humanos pueden exigir implementaciones que demandan presupuesto. Aunque la responsabilidad de la implementación recaiga en el Estado, la carga impositiva de la que salen los recursos está puesta en los ciudadanos. Y hay ciudadanos que —por su afiliación ideológica— consideran que los impuestos no son contribuciones sino cargas injustas con las que se consigue la manutención de la gente que carece de iniciativa empresarial o que simplemente espera la asistencia estatal. Otros ciudadanos saben

que deben contribuir, pero apelan a las fintas que les permite el cálculo de su declaración de renta. Múltiples son los pretextos para ver al otro como una carga que no hay por qué aceptar: el propio egoísmo individualista se maquilla muy fácilmente de indignación ante la supuesta falta de iniciativa ajena.

La igualdad legal, que parece una de las mayores conquistas de la democracia, presenta por lo anterior una paradoja. Los presupuestos de la Revolución Francesa, los cuales terminaron siendo por coincidencia —en su doble sentido casualidad y concordancia— los de la Ilustración, son libertad, igualdad y fraternidad. La libertad exige que se haga énfasis en el individuo; la igualdad, que la ley no le conceda tratos preferenciales a nadie —por lo que no existe más Luis XVI sino un tal Luis Capeto—; y la fraternidad implica el trato entre hermanos, que el cuidado del otro en su adversidad sea una obligación. La propiedad, por supuesto, fue hábilmente silenciada, lo cual planteó un problema de primer orden para el sentido de la solidaridad, que es otro modo de comprender el componente fraterno de la divisa ilustrada y revolucionaria.

Teniendo en cuenta cualquier caso concreto, la complejidad de llegar a satisfacer este tercer momento es más complejo aún, pues en el juego de interdependencia de los tres presupuestos, la aplicabilidad hace exigencias conjuntivas: un derecho tiene que ser legítimo y razonable para que se lo pueda aplicar, pero no por ser legítimo y razonable tiene garantizada su aplicación. Basta con hacer una constatación simple de la inoperatividad de las sentencias de la Corte Constitucional para sentir la tentación del impulso al sarcasmo.

Sin dudas, pueden ser muchos los motivos para proferir un fallo que, por diversas razones, no se cumplirá: sentar precedente, hacer advertencias a futuro, tener la necesidad de pronunciarse a pesar de la presión política o debido a ella, recibir la responsabilidad de tener que fallar por motivos de agotamiento de instancias. Pero el motivo conceptualmente más importante de ellos es objetiva e inmanentemente reprochable: que un organismo de cierre y de control tome decisiones a partir del *deber-ser*, por legítimas y razonables que sean, hace que se ponga en riesgo su prestigio, y que la posverdad le pueda cobrar sin ningún tipo de consideración una actitud reflexiva muy cercana a la filosofía, cuya asumida utilidad hace tiempo tiene en entredicho a la disciplina de las preguntas.

Pero la Corte no tiene otra alternativa: debe fallar en derecho y debe explicar sus motivos, aunque no sean solo jurídicos. Porque el problema de la aplicabilidad de los derechos humanos no es solo financiero, sino sociopolítico. Y no afecta solo a sus fallos teóricamente lúcidos, como la Sentencia C-577 (2011) sobre el matrimonio homosexual —que levantó polvaredas ideológicas entre los conservadores al alborotar uno de sus prejuicios más arraigados— o la T-622 (2016) sobre el río Atrato como sujeto de derechos —que plantea retos de transformación para salvaguarda del medio ambiente de muy remoto

cumplimiento—, sino a la reivindicación consuetudinaria de derechos como la salud y la educación pública: la primera porque su financiación pasa por manos de intermediarios que la ven como un negocio y precarizan el servicio hasta el punto de atentar contra el derecho a la vida; la segunda porque los gobiernos sucesivos hacen creer que es una política de Estado dejarla sin financiación.

Por supuesto que la posverdad tiene listo el pretexto para que, en último término, si se cumple con la legitimidad y la razonabilidad, siempre esté a la mano la pauta publicitaria o la campaña de desprestigio para dilatar la aplicabilidad. El componente sociopolítico desborda aquí lo meramente teórico y resalta el problema de volver reales los derechos.

1.4. El discurso de los derechos humanos universales en la posverdad

En la sociedad moderna se hace cada vez más evidente el cambio de la construcción política de los derechos a través de la deliberación de los ciudadanos o de quienes pretendan estar involucrados en dicho desarrollo. Este cambio se torna en degeneración, toda vez que su principal causa es la manipulación de la información a través del uso de las emociones para distorsionar o tergiversar la construcción final que se pretende. A continuación, se verá cómo en la actualidad los derechos humanos no se justifican filosóficamente a través de un proceso deliberativo, sino que más bien son el resultado de la apelación a emociones mediáticamente manipuladas, rasgo distintivo de la posverdad.

Este apartado tendrá, por tanto, tres momentos: en el primero se establece la relación que tienen la democracia, la deliberación y la tolerancia; en el segundo se señala la universalidad inmanente de los derechos humanos; y en el tercero se analiza el modo como la manipulación que la posverdad ejerce sobre la deliberación democrática incide en las decisiones respecto a los derechos humanos.

Acerca de la relación entre democracia, deliberación y tolerancia, alrededor del mundo son variadas las formas de gobierno que puede tener un Estado y de acuerdo con estas se establece qué se configura como derecho o qué no. Uno de estos sistemas, el de mayor aplicación y reconocimiento, es el democrático, dentro del cual se trata de darle relevancia a la opinión de la ciudadanía para la construcción de consensos. Sin embargo, muchas veces dichos consensos se ven afectados por el mal uso de la opinión pública, la cual, a manos de servicios particulares, manipula la información básica y contribuye de esta manera a la tergiversación las decisiones finales.

Aunque la legitimidad de este tipo de sistemas políticos debe ser dada por la ciudadanía, según Habermas (citado en Vergara Estévez, 2005), no es necesario que la mayoría lo apruebe como tal, sino más bien que quienes lo crean, tengan los argumentos necesarios

para sustentarlo por medio de una actitud activa en el diálogo y el debate público. Entendiendo que la legitimidad política se da entonces como el resultado de procesos en los cuales se construyen consensos por medio de la participación de los ciudadanos, se acepta que las principales decisiones políticas pueden ser producidas por dichos procesos comunicativos de manera colectiva; empero, se hace necesario considerar la influencia de terceros en esta toma de decisiones.

Aparece, entonces, el espacio público como el escenario ideal para la deliberación ciudadana, en el que confluyen culturas, pensamientos y demás cuestiones diversas, que reclaman para sí reconocimiento de derechos especiales y garantías de igualdad. Este proceso que es visto como problemático por la complejidad que representa a la hora de llegar a un consenso, que además se ve expuesto y presionado desde la globalidad que representa el espacio exterior al Estado, da pie para lo que Jürgen Habermas identifica como democracia deliberativa. Tal democracia:

Dependerá de la forma en que los coparticipantes se muevan en el interior del mismo universo del discurso. Este empuje reflexivo no impide el entendimiento intercultural, sino que más bien lo hace posible, dejando a un lado la influencia de la moral en el derecho, y por tanto, en la política, sobresaltando el papel de la democracia participativa en la constitución de un Estado social de derecho democrático, donde la pluridiversidad es la riqueza y la fuente de deliberación, y la comunicación y la argumentación se funden como eje transversal de la crítica, la utopía y el procedimiento que podrían traducirse esquemáticamente en una propuesta de emancipación (Londoño Vásquez et al., 2011, p. 276).

Esta teoría de la democracia deliberativa permite entender cómo el Estado establece la normativa que le permite garantizar la inclusión del otro y el respeto por los derechos que avalan la participación ciudadana en la institucionalización del discurso público (Domínguez, 2013). Es allí donde el ciudadano se convierte en el verdadero titular del poder democrático del Estado, pues desde su ser colectivo y función activa va a tener la capacidad de influir en la toma de decisiones; sin embargo, y como contraprestación de este beneficio, el ciudadano también deberá cumplir con las normas que establece el Estado para garantizar el orden a través de imposiciones que, como el pago de impuestos, son impopulares pero necesarias.

Al ser el Estado garante y al estar, a la vez, sujeto a control en cuanto tal, su razón de ser no se sustenta solo en garantizar el cumplimiento de los derechos del ciudadano, sino más bien, su papel será proteger el proceso comunicativo que permite la formación de la opinión y de la voluntad de quienes participan de forma activa, para la construcción de metas y normas que sean de beneficio para todos (Domínguez, 2013), sin peligro de que afecte al otro. El ciudadano se constituye en el centro de todo el proceso, dejando claro que “debe interesarse por su libertad y estar dispuesto a defender sus derechos e intereses privados

frente al poder del Estado; a involucrarse en los intereses generales de la comunidad política” (Benz, 2010, p. 245).

En este punto es en el que se debe resaltar la importancia de la iniciativa propia y donde adquiere relevancia lo dicho con anterioridad: el compromiso con los pactos que se buscan establecer, la solidaridad y sobre todo la tolerancia del ciudadano.

Camps (1990), resaltando la continuidad de las objeciones de Castellio contra Calvino en el caso del asesinato de Servet, entiende la tolerancia como:

[...] la virtud de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone el ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia conduce directamente al totalitarismo (p. 81).

Esta afirmación permite entender cómo en los grupos de ciudadanos que trabajan por establecer y reconocer derechos en función del conjunto, se hace necesario aceptar las diferencias culturales, sociales y de opinión, sin dejar de lado las percepciones de cada individuo y mucho menos el compromiso por trabajar por un beneficio común, pues en la política como en muchos otros aspectos de la vida del ciudadano, no existe una verdad única y definitiva, lo que hace necesario ante todo el consenso, no entendido como el estar todos de acuerdo en una misma idea, sino en la posibilidad de argumentar de manera sólida un pensamiento, logrando la aceptación grupal. Cuando se acepta la diferencia del otro y se le permite pertenecer al conjunto, se comienzan a construir políticas incluyentes, en las que el prejuicio y la discriminación quedan de lado.

Por tanto, en la multiculturalidad que ofrece el mundo moderno la tolerancia se convierte en un elemento fundamental de convivencia que permite asegurar la coexistencia pacífica y el respeto por el que se muestra diferente. Esto va a permitir una construcción política basada en la cooperación, en la cual se van a defender derechos y libertades, que, aunque individuales, afectan al conjunto en su proceder. Estos derechos pueden ser entendidos como reclamaciones que apoyados en la ética y sustentados en la ley son aplicables independientemente de la raza, la posición económica, el sexo o cualquier otra distinción.

A estos derechos inalienables al ser humano se les va a conocer como *Derechos Humanos*, mayúsculas necesarias debido a que casi se los personifica, a la manera de alegorías deontológicas: así es como deben ser los seres humanos que aspiren a llamarse *buenos*, y son universales porque en su aspiración de ser cosmopolitas (Moyn, 2014) tienen un carácter holístico y, por tanto, metafísico. Por eso no basta con que sean acogidos en los regímenes normativos internos de cada Estado: al menos por un asunto de diplomacia y de admisión de su

carácter holístico, y a pesar de las objeciones (Goodale, 2018), es necesario que se los declare internacionalmente. A pesar de los problemas de diseño y de implementación, que sea la ONU la que los haya promulgado después de los desastres de la Segunda Guerra Mundial expresa que son un discurso que debe ser transfronterizo. No es solo un asunto internacional, sino una cuestión de buena fe asociada a la concepción humanista que confía en la perfectibilidad de las personas, en que el mundo puede al menos aspirar a ser justo (Frankenberg, 2014), lo cual no deja de tener algo de ingenuo o, al menos, de optimista.

En efecto, la versión moderna de los derechos humanos fue promulgada en texto por primera vez en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la intención de establecer un sistema que permita generar unos principios de conducta básicos y fundamentales aceptados por todos los Estados y por todos los seres humanos. Por primera vez se habla de valores comunes acogidos de manera subjetiva por los pobladores del mundo, es decir, el sujeto en su posición de ventaja puede disponer de tales derechos de acuerdo con su percepción o conveniencia.

A pesar de que estos derechos son universalmente reconocidos, es necesario entender que no están legalmente constituidos. Según esto, aunque en algunos lugares no aparezcan adscritos a un sistema jurídico estatal o particular, siempre van a ser válidos, pues no están sujetos a la voluntad de ningún Estado u organismo jurídico. Sin embargo, autores como Habermas (1998) difieren de esta concepción, al argumentar que los derechos son como normativas que buscan regular de manera efectiva, a través de la sanción, comportamientos que no se pueden controlar desde la moral, se constituyen en derechos legales. Es entonces cuando estas normas dejan de ser de aplicación individual y pasan a ser de orden colectivo.

Aunque estos derechos se consagraron tras una larga lucha de reivindicaciones por parte de los individuos frente al Estado, su estabilidad se ha visto enturbiada en la modernidad por procesos de manipulación de la información de sujetos particulares que buscan su beneficio y menoscaban el bienestar del orden colectivo. La apelación a emociones o creencias —sea de manera subliminal o directa— muestra la ligereza con la cual, desde el ámbito público —medios de comunicación o política en general—, se presenta la información con intenciones de beneficio individual o de un grupo particular. Allí se busca sostener que ciertos derechos deben ser aplicados, o aplicados con excepciones, por medio del uso de argumentos subjetivos que convencen al colectivo de la idea que se quiere conseguir.

Los derechos dejan de fluir de manera natural y comienzan a modificarse de acuerdo con los contextos en los que se van presentando las necesidades e intereses de quienes ostentan el poder o están cerca de quienes toman las decisiones. El origen natural de los derechos se ve ensombrecido entonces por temas relacionados con la independencia económica, la

propiedad privada, el libre mercado, entre otras. Contraria a esta concepción utilitarista del derecho, se presenta la filosofía propuesta por Kant.

Desde su pensamiento, Kant (2012) hacía explícito en los derechos tres principios fundamentales: el principio de universalidad, el principio del valor intrínseco de cada persona y el principio de autonomía. Para él, a diferencia de Habermas, el derecho va necesariamente ligado a la moral (Demenchonok, 2012), pues para Kant la noción de derecho está éticamente concebida, y por tanto requiere la idea de un Estado constitucional para ser ejecutada. Solo existe, según este filósofo, un derecho innato y es el derecho a la libertad, que a su vez implica el derecho a la igualdad y a la independencia, hasta el punto de ser consistentes preguntas —a mitad de camino entre lo público y lo privado— como ¿por qué se debe asistir, al menos de modo mínimo, a los pobres que son miembros de un Estado? (Oliveira, 2016), o ¿por qué el consentimiento sexual se encuentra entre la libertad y la dignidad (Simard, 2015), planteando la doble exigencia?

Sin embargo, al estar los derechos moralmente sustentados, su pretensión de validez busca ser absoluta, esto es, universal. El imperativo categórico al que Kant hace referencia se impone como el modelo de fundamentación *a priori* de los derechos humanos (o por lo menos del primordial derecho a la libertad), aduciendo la idea de que el hombre es fin en sí mismo, es decir, que el hombre, por el solo hecho de ser hombre, ya posee en sí mismo dicho derecho (Demenchonok, 2012). Esto, según Habermas, reviste un gran problema, debido a que una comunidad amparada en derechos moralmente fundamentados, o sea, con pretensión de validez universal, desconoce el carácter multicultural del mundo actual: “the counterfactual extension of the social world in which we find ourselves to a completely inclusive world of well-ordered interpersonal relationships: all human beings become brothers and sisters” (Habermas, 2008. p. 47).⁸ El formalismo kantiano parece no ser suficiente para dar razón de la visible complejidad imbuida en un mundo tan diverso, si no se entiende tal formalismo como una exigencia de carácter inmanente, en la medida en la que se circunscribe a derechos concretos respecto a los cuales se pueden tomar decisiones concretas. La tolerancia será solo una declaración biempensante y políticamente correcta si no tiene que enfrentarse al reto de darle sentido al sufrimiento ajeno, por el que la individualidad reivindica la solidaridad.

Ahora bien, la universalidad del discurso sobre los derechos humanos corre el riesgo de ser manipulado, y esto es lo que pasa en el contexto de la posverdad. Para Habermas, la construcción política debería basarse en el acto intersubjetivo de dar razones. Dicho de otro modo, una comunidad políticamente organizada ha de sustentarse en una razón dialógica en la que sus miembros sometan a consenso los estatutos normativos que la rigen. En este

⁸ “No sólo está formulados en lenguaje comprensible de modo universal, sino que también se los justifica a partir de razones aceptadas también de modo universal” (traducción de los autores).

contexto, los derechos no poseen una fundamentación *a priori* como Kant defendía, sino que se forman y se justifican a partir de un proceso surgido de la autodeterminación ciudadana, bajo el modelo de la conversación con intercambio de argumentos (Domínguez, 2013). Así, se garantiza el respeto por la multiculturalidad, pero sin renunciar a una especie de universalidad colectivamente consensuada, en la cual las decisiones normativas (y esto incluye la generación y defensa de los derechos humanos) están: “not only formulated in a universally accessible language, but also justified on the basis of universally acceptable reasons” (Habermas, 2010, p. 9).⁹ Se ve, entonces, la forma en que la mediación discursiva surge como una propuesta significativa para la construcción de consensos en una comunidad democráticamente organizada.

Ahora bien, la propuesta habermasiana de construcción política a través de un proceso deliberativo corre el riesgo de degenerar en una manipulación sórdida que enturbie la capacidad de los miembros de una comunidad determinada de llegar a consensos normativamente vinculantes. De hecho, semejante degeneración es una realidad en el mundo actual. Es lo que se ha llamado *posverdad*, entendida como una tergiversación intencionada de la veracidad, encaminada al modelado de la opinión pública que tiene el propósito de satisfacer un interés privado, particular, específico, jamás declarado, en perjuicio del bien común.

Abordado de forma amplia por Ralph Keyes (2004), en su libro *The post-truth era: Dishonesty and deception in contemporary life* este concepto recoge la tendencia reciente de relativizar la objetividad de la información y apelar a la sensiblería para alcanzar fines determinados. Así las cosas, sería lícito afirmar que el modelo deliberativo defendido por Habermas posee un carácter utópico, en otras palabras, no tiene lugar en el mundo de hoy más que como *ideal*. Mientras que la posverdad es una realidad fehaciente que está marcando los derroteros del modo en que se toman las decisiones en las comunidades políticas.

El contraste es notorio: mientras Habermas aboga por una fundamentación de las construcciones normativas, incluidos los derechos, sustentada en la razón, o más específicamente, en el acto democrático de dar y recibir razones; la posverdad apela a las emociones para encausar la voluntad pública. De este modo, el discurso dialógico y deliberativo emprendido por miembros de una colectividad con sentido crítico y analítico, en el mundo de la posverdad, deviene “relativización de la veracidad, en la banalización de la objetividad de los datos y en la supremacía del discurso emotivo” (Llorente y Cuenca, 2017, p. 11). Una disputa que confronta a la razón con lo que dice la emoción.

La multiculturalidad, que en la propuesta de Habermas genera y fundamenta los derechos en un diálogo dirigido por reglas de juego claras, mantiene su apuesta por la tolerancia

⁹ “No sólo está formuladas en lenguaje comprensible de modo universal, sino que también se las justifica a partir de razones aceptadas también de modo universal” (traducción de los autores).

y el entendimiento como guías para el debate. No obstante, esa misma multiculturalidad pende sobre la cuerda floja por las pretensiones de ciertos fundamentalismos de alcanzar directrices normativas que garanticen la uniformidad y la unilateralidad. La universalidad de los derechos humanos responde a causas particulares motivadas por grupos políticos, religiosos o económicos, que propenden por la imposición de sus propios intereses. El consenso dialógico se difumina y los derechos de ciertas colectividades se anulan, se modifican o se implantan con base en móviles distorsionados por colectividades fundamentalistas. El resultado es una comunidad que no tiene a la tolerancia como un valor rector en la búsqueda de consensos y la garantía de derechos fundamentales, sino a la emotividad, que en ocasiones llega a adquirir un carácter visceral.

1.5. Conclusiones

Los derechos humanos siempre serán tema de debate. Eso solo basta para admitir que se trata de un problema no solo teórico, sino metafísico: no se puede cerrar, pero tampoco se puede abandonar. La razón tiene que entrar en relación dialéctica con el tema siempre que se presente una duda, por somera que sea, o la necesidad de reivindicar un nuevo derecho, por polémico que se le considere. La inmanencia misma del problema es la que advierte que hablar de la universalidad de los derechos humanos debe entenderse como la *extensión de su rango de alcance* y la *posibilidad de que se los reclame*, pero no son ni una cubierta ontológica exenta de fallo —los derechos humanos son tema de conversación precisamente por su falibilidad, no debida a sí mismos— ni una certidumbre que viene dada de suyo: deben ser legítimos, razonables y aplicables. Y esa no es la solución: ese es el problema mismo.

El problema se agrava aún más al tener esa necesidad de deliberación y argumentación permanente o perpetua. Dado que el tema nunca podrá declararse cerrado, es necesaria la disposición al diálogo, a que la democracia tenga abierto siempre el foro de deliberación y a que se escuchen los alegatos que se tengan a favor o en contra de que se tomen decisiones sobre la ampliación, modificación y, hay que admitirlo, reducción del catálogo de derechos. Se debe admitir que el planteamiento de Habermas de la democracia deliberativa es muy atractivo, pero tiene que reconocerse que esa democracia exige un perfil de ciudadano que escasea en las democracias representativas masificadas. Los alegatos se plantearán predominantemente desde la ideología, el prejuicio, la inmadurez o la displicencia. Los discursos siempre tendrán una segunda intención no declarada. Los mejores oradores, que casi siempre se traen algo entre manos, conducirán a los dóciles, los incautos, los ingenuos y los partisanos a apoyar causas que los perjudicarán. La disposición al diálogo escasea en la democracia desde los tiempos de Pericles.

El diagnóstico es poco halagüeño y se refiere a la inmadurez política que lleva a emplear antidemocráticamente las opciones democráticas: la propaganda, la seducción emocional y la carencia argumentativa —que en la posverdad pueden garantizar éxito político y alta rentabilidad a través del engaño— hacen que el escenario de la deliberación democrática sea realmente un caótico ir y venir de vociferaciones, amenazas, arengas entusiastas, estribillos de estadio, escándalos de última hora, indignaciones incesantes y desprecio del otro que —de acuerdo con el pluralismo de una democracia consolidada— debería ser aceptado por su propia diferencia. Y sin admitir la diferencia de modo activo y respetuoso, es decir, sin aceptar las razones por las que Castellio afirmó que Servet no fue ejecutado sino asesinado, el escenario de la deliberación democrática está abierto para que lo primero que lo abandone sea los argumentos razonables y para que la posverdad se apodere de todas las instancias. Los derechos humanos son, siempre, lo primero que se resiente. Y en la inmanencia radical de esta antropología jurídica, la responsabilidad recae siempre en la capacidad de los seres humanos de resolver estos problemas dialécticos cada vez y por medio de palabras razonables que determinen acciones razonadas.

De modo que se admite con escepticismo que hay una discursividad perpetua del problema teórico de los derechos humanos, el foro tiene que permanecer abierto. Y el escepticismo está más que justificado cuando se carece de la madurez para preservar el debate democrático de los riesgos que él mismo admite y que podrían terminar derogándolo. Esa es la gran paradoja que encierra la democracia: que su característica fundamental es admitir el pluralismo, y dentro de él a quienes siempre tendrán la tentación de derogarla.

1.6. Referencias

- Bauman, Z. (2001). *En busca de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica .
- Bauman, Z. (2004). *La sociedad sitiada*. Fondo de Cultura Económica.
- Bacin, S. (2015). Kant's idea of human dignity: Between tradition and originality. *Kant-Studien*, 106(1), 97-106. <https://doi.org/10.1515/kant-2015-0008>
- Benz, A. (2010). *El Estado moderno, fundamento de su análisis politológico*. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Brune, J. P. (2017). Transcending Value: Two Readings of Performative Inconsistency. En M. H. Werner, R. Stern y J. P. Brune (eds.), *Transcendental Arguments in Moral Theory* (pp. 283-300). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110470215-016>
- Byers, P. (2016). Dependence and a Kantian conception of dignity as a value. *Theoretical Medicine and Bioethics*, 37(1), 61-69. <https://doi.org/10.1007/s11017-016-9351-2>

- Camps, V. (1990). *Virtudes públicas*. Espasa-Calpe.
- Chan, D. K. (2015). The concept of human dignity in the ethics of genetic research. *Bioethics*, 29(4), 274-282. <https://doi.org/10.1111/bioe.12102>
- Châtelet, F. (1995). *El pensamiento de Platón*. Labor.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011, 26 de julio). *Sentencia C-577* (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016, 10 de noviembre). *Sentencia T-622* (Jorge Ivan Palacio Palacio, M. P.).
- De Baets, A., 2015. Human Rights, History of. En J. D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (pp. 367-374), 2(11). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.62085-8>
- Demenchonok. (2012). Rethinking Kant's Concept of Human Rights as Freedom. *Unisinos Journal of Philosophy*, 13(2), 336-356. [https://doi.org/10.4013/fsu.2012.132\(suppl\).09](https://doi.org/10.4013/fsu.2012.132(suppl).09)
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta Política*, 4(5), 301-326. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2939>
- Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los otros*. Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2010). *El coraje de la verdad*. Fondo de Cultura Económica.
- Frankenberg, G. (2014). Human rights and the belief in a just world. *International Journal of Constitutional Law* 2014, 12(1), 35-60. <https://doi.org/10.1093/icon/mot068>
- Gilabert, P. (2017). Kantian dignity and marxian socialism. *Kantian Review*, 22(4), 553-577. <https://doi.org/10.1017/S1369415417000279>
- Goodale, M. (2018). The Myth of Universality: The UNESCO “Philosophers’ Committee” and the Making of Human Rights. *Law & Social Inquiry*, 43(3), 596-617. <https://doi.org/10.1111/lsi.12343>
- Gutmann, T. y Quante, M. (2017). Human dignity, autonomy, and pluralism: Between ethical life and deontological construction (2017). *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 103(3), 322-336. <https://doi.org/10.25162/arsp-2017-0239>
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Habermas, J. (2008). *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*. Polity.
- Habermas, J. (2010). *A Postsecular World Society? On the Philosophical Significance of Postsecular Consciousness and the Multicultural World Society. An interview with Jürgen Habermas by Eduardo Mendieta*. Consultado el 6 de octubre de 2018. <https://tif.ssrc.org/2010/02/03/a-postsecular-world-society/>
- Han, B. (2012). *La sociedad del cansancio*. Herder.
- Han, B. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Herder.
- Han, B. (2014a). *En el enjambre*. Herder.
- Han, B. (2014b). *La agonía del Eros*. Herder.

- Han, B. (2014c). *Psicopolítica*. Herder.
- Hanley, R. P. (2017). Rethinking Kant's Debts to Rousseau. *Archiv fur Geschichte der Philosophie*, 99(4), 380-404. <https://doi.org/10.1515/agph-2017-0019>
- Hernandez, J. G. (2015). Human Value, Dignity, and the Presence of Others. *HEC Forum*, 27(3), 249-263. <https://doi.org/10.1007/s10730-015-9271-y>
- Hobbes, T. (1950). *Leviathan*. Oxford Clarendon Press (original publicado en 1650).
- Kant, I. (2002). *Crítica de la razón práctica*. Sígueme (original publicado en 1788).
- Kant, I. (2009). *Crítica de la razón pura*. FCE (original publicado en 1787).
- Kant, I. (2012). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Alianza (original publicado en 1785).
- Keyes, R. (2004). *The post-truth era: Dishonesty and deception in contemporary life*. Macmillan.
- Koudelka, J. (2016). The refugee regime and its weaknesses. Prospects for human rights and Kant's ethic. *Human Affairs*, 26(3), 356-370. <https://doi.org/10.1515/humaff-2016-0030>
- Londoño Vásquez, D., Marín Muñoz, G. y Rendón Ángel, J. (2011). Las utopías racionalista y deliberativa. El sujeto moral kantiano y su tripartición habermasiana como formas optimistas de la política. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (33), 248-280. <https://www.redalyc.org/pdf/1942/194218961014.pdf>
- Loughlin, J. (2016). Human dignity: The foundation of human rights and religious freedom. *Memoria y Civilización*, 19, 313-343. <https://doi.org/10.15581/001.19.313-343>
- Llorente y Cuenca. (2017). Comunicación, periodismo y 'fact checking'. *Revista UNO*, (27), 11-13. <https://www.revista-uno.com/numero-27/comunicacion-periodismo-fact-checking/>
- Macinnis, L. (2015). Agency and attitude: Kant's purposive conception of human rights. *Philosophy and Social Criticism*, 42(3), 289-319. <https://doi.org/10.1177/0191453715617220>
- Maier, E. M. (2017). The prohibition of torture between human dignity and sovereignty. *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, 103(3), 370-388. <https://doi.org/10.25162/arsp-2017-0241>
- Masferrer, A. (2017). Una historia retrospectiva de la dignidad humana: De la constitución española al descubrimiento de América. *Glossae*, (14), 493-545. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6234092>
- Moyn, S. (2014). Plural cosmopolitanisms and the origins of human rights. En C. Douzinas y C. Gearty (eds.), *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights* (pp. 193-212). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139227124>
- Nietzsche, F. (2011). *La gaya ciencia*. EDAF (original publicado en 1882).
- Onfray, M. (2018). *Decadencia*. Paidós.
- Oliveira, M. (2016). Justificaciones minimalistas y republicanas del deber de asistencia a los pobres en el Estado kantiano. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 33(2), 517-540. <https://doi.org/10.5209/ASHF.53595>

- Reichlin, M. (2017). The discussion on human dignity in contemporary bioethics. *BioLaw Journal*, (2), 93-101. DOI: 10.15168/blj.v0i2.239
- Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Tecnos.
- Sandel, M. (2010). *Justice: What's the Right Thing to do?* MacMillan.
- Sensen, O. (2015). Kant on human dignity reconsidered: A reply to my critics. *Kant-Studien*, 106(1), 107-129. <https://doi.org/10.1515/kant-2015-0009>
- Simard, D. (2015). The question of sexual consent: Between individual liberty and human dignity. *Sexologies*, 24(3), e65-e69. <https://doi.org/10.1016/j.sexol.2015.05.002>
- Sloterdijk, P. (1994). *En el mismo barco. Ensayo sobre la hiperpolítica*. Siruela.
- Sloterdijk, P. (2003). *Esferas I. Microsferología*. Siruela.
- Sloterdijk, P. (2004). *Esferas II. Macrosferología*. Siruela.
- Steinmann, A.C. (2016). The core meaning of human dignity. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 19(1). <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2016/v19i0a1244>
- Vergara Estévez, J. (2005). La concepción de la democracia deliberativa en Habermas. *Quorúm Académico*, 2(2), 72-88. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199016762004>
- Zweig, S. (2014). *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia*. Acantilado.

2. Elementos para una fundamentación de los estudios de la constitución y sus dimensiones

Pedro Alejandro Jurado Castaño

*Ciertamente, los profesores de derecho y los que lo ejercen
recurren de hecho a tradiciones iusnaturalistas,
sea de observancia cristiana, sea de observancia racionalista;
pero los sistemas alegados no son controvertidos,
no solo no pierden su credibilidad por el pluralismo de los intentos de fundamentación,
sino que, en general, permanecen por debajo del nivel de la filosofía contemporánea.*

HABERMAS (1987, p. 116)

*Un núcleo anarquista ha de tenerlo, ciertamente,
ese potencial de libertades comunicativas desencadenadas,
del que han de nutrirse las instituciones del Estado democrático de derecho,
a fin de garantizar de forma efectiva iguales libertades subjetivas.*

HABERMAS (2010, p. 59)

2.1. Introducción

En el texto *Positivismo Jurídico*, Norberto Bobbio (1999) considera la utilidad de caracterizar el positivismo jurídico a partir de tres aspectos diferentes según el propio desarrollo histórico de este paradigma de comprensión del derecho. Por una parte, piensa que es ventajoso comprender el positivismo como un modo de aproximación al análisis científico del derecho; por otra parte, entender que es además un determinado corpus de preceptos que advierten sobre el funcionamiento mismo del sistema jurídico; y, por último, que el mismo positivismo es una determinada ideología que idealiza ciertas funciones del derecho en la sociedad. En cuanto a lo primero Bobbio lleva a cabo una delimitación del objeto de estudio para fundamentar el positivismo como una disciplina del conocimiento del derecho. Por otro lado, entiende que es necesario identificar un conjunto de juicios derivados de las descripciones e

interpretaciones hechas por los teóricos positivistas considerando el derecho como un sistema de normas que se ofrece a los ojos del teórico como un objeto de estudio cuya existencia es determinable. Y, por último, enuncia una mirada ideológica para el positivismo que permite a los teóricos afines a esta tendencia una aproximación determinada a la realidad social y sus problemas. En atención a estas variantes del positivismo dice Bobbio (1999):

Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquellos que comúnmente se consideran como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco (y aquí entiendo “relación necesaria” tanto en el sentido lógico como causal). El positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente ni implica aquella teoría particular del derecho que suele ser llamada positivismo jurídico; y aquella teoría particular a la que se atribuye a menudo el nombre de positivismo jurídico no produce necesariamente ni implica la ideología que a menudo se atribuye a los sostenedores del positivismo jurídico (p. 40).

En resumen, lo que Bobbio reclama es una delimitación del estudio del derecho a partir de tres dimensiones diferentes que habrían de producir y necesitar herramientas y procedimientos distinguibles, para ser captadas completamente en el análisis positivista del derecho. Bobbio advierte, además, sobre la práctica común, pero inadecuada, de tratar indistintamente cada una de estas dimensiones y también sobre la manera en que son pasadas por alto las consecuencias y problemas que albergan en cada una de ellas cuando se dejan de lado los problemas que existen entre sus relaciones.

En el mismo texto, Bobbio se plantea la posibilidad de dar prioridad a una de las dimensiones con el fin de dar una base clara a las discusiones que se suelen llevar a cabo —entre positivistas y con otros— sobre los presupuestos esenciales del positivismo jurídico. En tal sentido, Bobbio toma la decisión de situarse en el campo ideológico. El autor considera acreditados y fijos los aspectos de valoración y de delimitación que se incluyen en las otras dos dimensiones y reconoce que la verdadera disputa dogmática sobre el derecho debe llevarse a cabo en el plano de la dimensión ideológica. Es aquí donde el positivismo aún debería poder probar que es un paradigma superior a cualquier otro. En relación con esto, Bobbio argumenta que el positivismo jurídico se ha blindado de tal manera como teoría y como ciencia del conocimiento que quienes se le oponen son incapaces de sobrepasar la dimensión ideológica, por lo tanto, considera justamente útil esta división del trabajo de los estudios del derecho para cumplir con una tarea apremiante y relevante como lo es la defensa del positivismo jurídico.

Más allá de los declarados fines ideológicos que llevan a Bobbio a establecer una delimitación analítica de los campos en los que se desenvuelven los discursos positivistas del derecho, es llamativa la manera en que asume que son el *desarrollo histórico del derecho* y la

sociedad moderna los que han permitido la consolidación de las reflexiones positivistas sobre el derecho como objeto. Además, es importante que reconozca la autonomía relativa de estas dimensiones junto con la posibilidad de permitirle al investigador que establezca una sola de ellas como punto de partida de su reflexión académica. Siguiendo estas observaciones de corte analítico-procedimental que Bobbio ha habilitado, este texto propone algunos elementos para el estudio del proceso reciente de constitucionalización del derecho a partir de la definición de tres dimensiones: una teórica, una metodológica y una ideológica. Los criterios utilizados para construir cada una de estas dimensiones varían en algunos aspectos de aquellos enunciados por el autor italiano en atención a una pretensión más amplia de fundamentar cada uno de los campos analíticos de tal manera que puedan abordarse con cierta autonomía y permitan evidenciar la pertinencia de otras corrientes y presupuestos —además de la hegemónica positivista— para la discusión e investigación académica sobre el proceso de constitucionalización del derecho.

A partir de un análisis teórico con un enfoque hermenéutico se interpretan algunos conceptos y teorías relacionadas con el propósito principal de delimitar las dimensiones del estudio de la constitución como objeto y en consideración al desarrollo histórico del proceso de constitucionalización del derecho. El texto es producto de las labores de investigación y trabajo académico desarrollado en el área de los Estudios Políticos y Constitucionales en los últimos años. Para su elaboración, fueron consultadas las referencias bibliográficas que aquí aparecen, entre otras que sirvieron de contraste y base para la elaboración del artículo. En todos los casos se utilizaron fichas bibliográficas para la organización y disposición del material de forma previa al análisis.

2.2. El proceso de constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo

A partir de la Segunda Guerra Mundial pueden indicarse significativos cambios en el derecho, principalmente en los siguientes aspectos: (i) la manera en que funcionan internamente los ordenamientos jurídicos; (ii) las funciones que ha de cumplir el sistema jurídico en su condición de ser otro más de los subsistemas funcionales de la sociedad moderna, además del económico y el burocrático-administrativo; y (iii) el modo en que se comprende, investiga y enseña el derecho. A todas estas les son comunes los acontecimientos históricos de transformación de los principios en normas jurídicas, la preponderancia de la aplicación del derecho por los jueces sobre la producción o fundamentación que tradicionalmente le compete al legislativo y, por último, la importancia concreta de las decisiones judiciales en el funcionamiento del sistema jurídico.

El sistema jurídico se transformó internamente en un sistema coherente de reglas y de principios que encuentran como punto crucial la decisión de casos difíciles. Estos casos demandan el uso de nuevos procedimientos interpretativos más allá de las simples operaciones lógicas que aspiraban a la solución de los problemas a partir de puntos fijos de los cuales se esperaba deducir de antemano las respuestas. Por otra parte, a partir de los cambios producidos en la segunda mitad del siglo xx, el derecho se transformó en el candidato más idóneo para soportar la organización de una sociedad luego de la barbarie generalizada durante la primera mitad del siglo. Con ocasión de esto el ordenamiento jurídico dejó de ser visto como un simple operativo guiado por *inputs* y *outputs* que podía ser diseñado y programado para todo el procesamiento de las demandas de los intereses particulares. El derecho de posguerra pasaría a incorporar marcos flexibles de interpretación ante la necesidad de ofrecer más garantías —menos respuestas fijas— para la autodeterminación, la defensa de la propia dignidad y la búsqueda de la supervivencia. Según Habermas (2010), el derecho se transformó en el mejor candidato para la creación y promoción de sistemas políticos democráticos, justos y estables que pudieran aguantar con el déficit de legitimación social en el mundo occidental luego de la barbarie.

De esta relación entre las necesidades históricas de la posguerra y las expectativas relativas a la sociedad bien ordenada —a la manera en que lo aspirara John Rawls— ha surgido un nuevo *canon* que, como indican Carbonell y García (2010), agrupa una diversidad de posturas y perspectivas para las que solo se dispone el término ambiguo y equívoco de *neoconstitucionalismo*.¹⁰ Bajo esta denominación pueden entenderse tanto las respuestas dogmáticas y doctrinarias a un cambio estructural en el derecho, como la condición del sistema jurídico en un momento histórico en el que se actualizaron los problemas esenciales a su naturaleza relativos a la validez y eficacia.

En ese sentido es que años más tarde, Paolo Comanducci (2002; 2010) se ha propuesto llevar a cabo un mapeo analítico de la diversidad de las propuestas teóricas asociadas al canon neoconstitucional, apelando a la célebre distinción del positivismo hecha por Norberto Bobbio. Comanducci se ha propuesto distinguir entre un neoconstitucionalismo teórico, uno metodológico y otro ideológico, para hacer una crítica a aquellos que entienden que la diversidad de autores que han intentado ofrecer reflexiones sobre el proceso de constitucionalización del derecho no deberían asociarse tan a la ligera con el término *neoconstitucionalismo*. Distinciones y aproximaciones críticas al supuesto canon neoconstitucional han moviliz

¹⁰ La mayoría de los autores relacionados con el término neoconstitucionalismo insisten en negar su vinculación a él. La mejor muestra de esta circunstancia quizás pueda encontrarse en la compilación de artículos y comentarios agrupados como respuesta a un texto paradigmático para el canon neoconstitucional escrito por Luigi Ferrajoli (2014b). El texto de este autor que da pie a las múltiples respuestas presenta un panorama amplio de lo que puede estar relacionado con el canon justamente negando su vinculación a él.

a distintos autores desde la década pasada, paradójicamente en muchos casos, a limitar los alcances e implicaciones del proceso de constitucionalización del derecho.

Ya que el propósito principal de este texto es ofrecer una delimitación analítica de los campos a partir de los cuales puede apreciarse la existencia y el funcionamiento del derecho desde diferentes perspectivas, disciplinas y aproximaciones para liberar precisamente esas labores de la carga dogmática del positivismo analítico y el liberalismo político, la reflexión de Comanducci es empleada aquí estratégicamente como contrapunto crítico. La meta es entonces la de hacer un mapa de los estudios de la constitución como un objeto después de iniciado el proceso de constitucionalización del derecho y entendiéndolo como un asunto abierto y generador de una diversidad de perspectivas y presupuestos reflexivos de los que no debe haber un cierre, ni declararse la superioridad *a priori* de algún tipo de aproximación.

Sin embargo, como teórico positivista que es, Comanducci se aparta evidentemente de muchos aspectos vinculados al canon neoconstitucional, hecho que explica, a la vez, por qué este texto se distancia de sus consideraciones, así como de los argumentos de Bobbio en favor de la ideología liberal como algo que hay que defender hasta las últimas consecuencias. En buena medida, entonces, se reivindican en particular algunas cosas que Comanducci (2002; 2010) pretendió negar o criticar, y, en general, se defiende el proceso de constitucionalización del derecho como algo en curso e irreductible a un número de “condiciones” como las que aquel asume, siguiendo a Guastini (2009), y que también aplicaría para teóricos como Ferrajoli (2010; 2014a).

En su propuesta, Comanducci todavía sigue una visión positivista del derecho en la que se decide en abstracto sobre las *condiciones de constitucionalización* del derecho para reivindicar un tipo de discurso teórico que solo se atiene a ellas. Esas condiciones son las descritas por Guastini (2009) de la siguiente manera:

La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;

- 1) La garantía jurisdiccional de la Constitucional;
- 2) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”);
- 3) La “sobrinterpretación” de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos);
- 4) La explicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
- 5) La interpretación adecuadora de las leyes” (esta última explicada por Comanducci, 2002, p. 96).

En tal sentido, siguiendo los procesos de inducción y deducción clásicos del positivismo, Comanducci reduce el proceso histórico de constitucionalización del derecho¹¹ a un número limitado de características que le permiten más tarde distinguir cuáles son aquellas teorías que se encargan particularmente de su estudio. A diferencia de la distinción de Bobbio, Comanducci no concibe estas tres aproximaciones del neoconstitucionalismo como el resultado de las dinámicas propias de un momento histórico ni vinculadas a los procesos vitales de una sociedad.

Comanducci se esfuerza en similar medida por diferenciar esas *condiciones de constitucionalización* —extraídas del contexto italiano— de otras posturas teóricas del neoconstitucionalismo para criticarlas dogmáticamente y evidenciar los supuestos aspectos problemáticos en los que caen los diversos autores allí mencionados. En tanto su mirada está puesta en una crítica a esas aproximaciones por la falta de adecuación a su propio paradigma epistemológico y metodológico, se pierde de vista la importancia que pueden tener para comprender la complejidad del proceso de constitucionalización del derecho en distintos lugares y épocas.

Un punto de partida diferente es el que entiende que el proceso histórico de constitucionalización del derecho ha producido diferentes desarrollos y consecuencias que difícilmente pueden captarse de una sola vez y por un solo corpus dogmático. En la experiencia de las Américas, por ejemplo, se relacionan con esos productos aspectos como el cambio en el sistema de fuentes, la importancia de los jueces, la preponderancia de los momentos de aplicación del derecho sobre la fundamentación, la relevancia del juez constitucional y el valor superior de los derechos fundamentales y la idea de un orden social democrático soportado sobre los principios y garantías constitucionales.

Esos asuntos claramente tienen que ver con la estructura del ordenamiento jurídico, su funcionamiento interno y su funcionalidad en la sociedad en general; pero ¿responden todos ellos a un número determinado o similar de acontecimientos prácticos?, ¿puede predicarse de ellos la misma fuente de casusas y la misma naturaleza en cuanto a sus consecuencias? ¿O, por el contrario, la diversidad de causas, consecuencias y dinámicas merecería una distinción más o menos independiente en términos analíticos para estar a la altura de los nuevos desafíos y la complejidad de su funcionamiento?

La respuesta que aquí se ofrece es afirmativa en cuanto al último de los aspectos. Si se quieren comprender los cambios producidos al interior (como la distinción reglas y principios

¹¹ A pesar de las comunes advertencias de cortesía que advierten sobre listas no taxativas o que las características se van formando en cada lugar en que el proceso ha ganado forma, no se toman las previsiones del caso en el levantamiento de las construcciones teóricas. Y, en la media en que las características no constituyen por sí mismas el objeto de estudio, sino que son presupuestos procedimentales de partida, terminan siendo asumidas como quedan en la reconstrucción inicial, apoyando el carácter dogmático de las reflexiones sin dejar de lado las advertencias hechas de paso sobre la incompletitud de su elaboración.

y el cambio de fuentes), los retos que en cuanto a aplicación ha producido la constitucionalización del derecho (como los casos difíciles y la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas) y las expectativas de regulación democrática de la sociedad (reavivada además con la consideración de la constitución como base de un proyecto político inacabado)¹², debe haber una demarcación de las dimensiones en que se presentan los discursos académicos que tratan estos problemas como su campo de trabajo. De esta manera, lo que se busca es que los teóricos, filósofos, sociólogos y politólogos que abordan el derecho como un objeto de estudio desde sus disciplinas puedan desarrollar sus reflexiones de manera amplia, sin reducir la complejidad del proceso de constitucionalización, ni excluir la multiplicidad de consecuencias, posturas y perspectivas por una mirada unilateral de lo que el proceso ha ido dejando.

Resulta obvio que lo anterior se dirige contra la teoría hegemónica del positivismo analítico en el ambiente académico latinoamericano del derecho y que hoy encuentra desarrollo en las tesis más importantes del neoconstitucionalismo teórico e ideológico que referencia Comanducci.¹³ Este tipo de neoconstitucionalismo cuestiona cualquier otro tipo de aproximación al proceso a partir de unos cuantos presupuestos: la distinción tajante entre derecho y moral, la preeminencia de un derecho basado en reglas o con criterios de interpretación ceñidos al principio de legalidad y la restricción de la argumentación. Todo esto, como es sabido, descansa en un posicionamiento ideológico de cuño liberal que entiende el constitucionalismo bajo la óptica de simples presupuestos de restricción o imposición de límites al poder y no —*también*— como un avance ilustrado de la razón práctica moderna.¹⁴ Estos presupuestos han configurado una especie de sentido común en la forma de estudiar y practicar el derecho en el que se da cierta superioridad a la teoría sobre la práctica y se estima el contenido de las normas jurídicas bajo una mirada esencialista. Estas nociones mantienen el neoconstitucionalismo de Ferrajoli y Prieto Sanchís —por ejemplo— en una conexión tan íntima al positivismo jurídico que en muchos casos hacen perder de vista los diferentes cambios que se han producido con el proceso de constitucionalización y reducen la complejidad de los retos que el mismo ha traído.

La tesis de la demarcación analítica que se propone para el estudio del proceso histórico de constitucionalización puede ponerse en evidencia mediante el siguiente ejemplo. En la actualidad es difícil poner en duda que el enunciado *derechos fundamentales* puede entenderse,

¹² Como ocurre en teóricos de la democracia radical como Jürgen Habermas, Chantal Mouffe o Etienne Balibar.

¹³ El autor se refiere principalmente a Ferrajoli.

¹⁴ Sobre estas formas de ver el significado del constitucionalismo, a partir de la génesis histórica en la modernidad filosófico-política, véanse Habermas, J. (2010). “Reconstrucción interna del derecho: El sistema de los derechos” en *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta. También, Brunkhorst, H. (2014). *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*. Bloomsbury. Y, Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.

atendiendo a su existencia, como (i) normas que poseen una posición jerárquica superior dentro de los ordenamientos jurídicos de la posguerra;¹⁵ (ii) principios o valores que exigen un tratamiento diferente a las reglas dentro de los procedimientos de aplicación y toma de decisiones vinculantes en atención a un caso específico que llevan a cabo los jueces;¹⁶ y (iii) fundamentos políticos de una sociedad democrática en la forma de una teoría política y social de la ciudadanía.¹⁷

A la primera concepción de los derechos fundamentales conviene denominarla una aproximación desde una dimensión teórica de su existencia y validez como normas, en la medida que comporta una instrumentalización de sus enunciados para resolver casos concretos. La segunda constituye una aproximación desde una dimensión metodológica de las normas que consagran esos derechos. Y, allí donde esos mismos enunciados no tienen que ver tanto con su existencia lexicográfica en el ordenamiento jurídico ni con su aplicación a casos concretos para su solución, la tercera aproximación se da desde la dimensión ideológica y constituye el tratamiento de los derechos fundamentales como expectativas legítimas de comportamiento social que soportan la formación y la movilización de la vida política de una comunidad.

Al hacer uso de la palabra dimensión no se quiere significar un ámbito empírico acabado que permita la construcción de un discurso teórico sobre una realidad que pareciera ya dada¹⁸ con la prefiguración de tal concepto, como ocurriría con la criticada forma de proceder del positivismo en términos epistemológicos dentro de las ciencias sociales y del cual tanto el positivismo jurídico y, como hemos mencionado, la crítica de Comanducci se sirven para tratar el neoconstitucionalismo.¹⁹

Insistimos en que, al tratarse de un proceso dinámico y en curso, la constitucionalización del derecho como objeto de estudio debe mantenerse abierta y prevenida ante cualquier arbitrariedad epistemológica que intente su cierre en teorías acabadas o presupuestos conceptuales con intención de forzar su sistematización. Previendo esto, se trabaja aquí con las nociones de *demarcación* y *dimensión* para, por un lado, dar el sentido de un débil contorno analítico a los problemas que se pueden incluir en cada una de las dimensiones (teórica, metodológica, ideológica) y, por otro lado, dejar claro que estas son aproximaciones reflexi-

¹⁵ Por ejemplo, el estudio de Ferrajoli (2010; 2014a).

¹⁶ Como es primordialmente la aproximación de Alexy (2007) con la ponderación de bienes jurídicos.

¹⁷ Un ejemplo de este tratamiento en Habermas (2010).

¹⁸ Como ocurre en teoría social con conceptos como el de *sistema* (Luhmann) y de *campo* (Bourdieu) para reclamar la delimitación descriptiva de un ámbito empírico.

¹⁹ Sigo aquí la disputa con el positivismo que en el siglo xx lideraron autores vinculados a la teoría crítica de la sociedad como Max Horkheimer, Theodor W. Adorno y Jürgen Habermas.

vas a procesos que en ningún momento buscan ser taxativos o distinguidos con una rigidez epistémica tal que pretenda validez acabada a partir de la abstracción del proceso.

En resumen, el punto clave del argumento apunta a que un investigador puede aproximarse de tres maneras diferentes al estudio de la constitucionalización del derecho, a partir de las cuales se puede producir cierto tipo de conocimiento sistemático con marcadas diferencias entre una y otra. Lo más importante para continuar con esta tarea es mantener viva la precaución de no asimilar el estudio o aproximación académica al proceso histórico de constitucionalización y, en consecuencia, tener claro que el desarrollo reflexivo en cada una de las dimensiones depende de la actitud de partida con la que el investigador lleva a cabo sus análisis y la relativa fidelidad —en ocasiones sostenida por desconocimiento y falta de formación— con la que permanece en la dimensión determinada.

2.3. La Constitución como objeto de estudio y sus dimensiones

Según lo asumido por nuestra tradición filosófica occidental, el fin primordial de un discurso académico es producir conocimiento sistemático a partir de la determinada selección de un objeto y la consolidación de un procedimiento. Regularmente se entiende que los esfuerzos por producir conocimiento se establecen en consideración a diferentes puntos de partida que pueden ser de carácter histórico, filosófico, sociológico, antropológico o politológico. Por otro lado, una vez se han fijado estos presupuestos de partida la investigación se desarrolla siguiendo diferentes métodos analíticos. En estos se destacan los procedimientos inductivos, deductivos, hermenéuticos y críticos. Pero, que existan esos puntos de partida fijos y modos de aprehensión de los objetos de estudio no elimina el hecho de que sea siempre la decisión del investigador la que determine la producción de un resultado que puede llegar a llamarse conocimiento “científico”. En cualquier caso, las posibles respuestas o elaboraciones reflexivas dependen del lugar desde el cual el investigador decide partir.

Cuando nos referimos a este tipo de actividades académicas en relación con el proceso de constitucionalización del derecho hay que establecer como objeto de estudio la constitución pues es allí mismo donde brotan las preguntas, reposan las dificultades, se encuentran las discrepancias y pueden implementarse las posibles soluciones. En el caso de este texto allí se ubican las preguntas, discrepancias y posibles respuestas del proceso de constitucionalización del derecho. Por esta razón, los múltiples sentidos, juicios o funciones que la constitución pueda llegar tener en un momento histórico están determinados justamente por los puntos de partida y los particulares modos de reflexión que se utilicen.

Lo anterior quiere decir que el objeto de los análisis relacionados con el proceso de constitucionalización del derecho lo constituye la constitución, y las dimensiones cumplen

su papel de base analítica por medio de una unión entre los diferentes puntos de partida con los métodos de aproximación de los que se dispone. Por lo tanto, un estudioso de la constitución apela, incluso inconscientemente, a todos estos presupuestos de una u otra manera para dar una definición del ordenamiento jurídico constitucionalizado, de los principios, de los derechos fundamentales, de algún órgano en específico, de los mecanismos de participación ciudadana, entre otros. A continuación, se ofrece una demarcación para los posibles ámbitos en los que el estudio de la constitución como objeto se lleva a cabo.

2.3.1. La dimensión teórica

En la dimensión teórica se ubican aquellas reflexiones que buscan ofrecer un análisis sobre el derecho en cuanto a su objetividad normativa, en cuanto a su existencia como conjunto de normas coactivas. El punto de vista aquí es regularmente externo y descriptivo, y su punto de partida —como ha sido mencionado— es abstracto respecto de los procesos de desarrollo histórico de las instituciones jurídicas. Por tal razón, sus procedimientos son comúnmente deductivos a partir de un número determinado de conceptos o presupuestos teóricos vinculados a una tradición, comúnmente el liberalismo y el positivismo científico.

Existe un amplio desarrollo de la aproximación teórica gracias a la unión del positivismo analítico y el liberalismo democrático, que en el siglo xx encontró soporte en una fuerte doctrina de las libertades individuales, entendidas como garantías mínimas para el funcionamiento democrático de una sociedad, en los planteamientos de Norberto Bobbio, y, posteriormente, en Luigi Ferrajoli. Los teóricos del derecho, por su parte, a partir del respaldo de esa base ideológica y su apego a la tradición analítica mantuvieron una preeminencia conceptual del derecho entendido como conjunto objetivo de normas que pueden estudiarse con neutralidad o con independencia de cualquier otro tipo de normas o ideologías y de las cuales se puedan derivar ciertas consecuencias lógico-semánticas.

En las aproximaciones desde esta dimensión se da prioridad a los discursos de fundamentación o producción legislativa del derecho. Estos tienen que ver con asuntos relacionados con la identificación de lo que es derecho, como ejemplo, en la definición que proporciona Austin (1995): “[c]ada ley o regla [...] es un *mandato*” (p. 21).²⁰ Involucran, además, los criterios de instauración y eficacia del orden solo a partir de sí mismo, porque sus límites son fijados representacionalmente desde la norma fundamental, a partir de la cual se derivan todas las condiciones de validez (Kelsen, 2005). Están relacionados, además, con el ejercicio de identificación por medio del cual se puede caracterizar que, según Hart (2014), el derecho es un sistema de reglas que depende de una *regla de reconocimiento*

²⁰ “Every law or rule [...] is a command”.

que “existe solo como una compleja, pero normalmente práctica concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (p. 137).

Un presupuesto sistemático elaborado por la aproximación teórica a la constitución es la idea hartiana de *laguna*. Con este concepto se busca dar respuestas a un número de problemas que aparecen con la problematización de la estructura del ordenamiento jurídico llevada a sus límites. Sin embargo, la laguna es solamente una construcción que se da a partir de presupuestos específicos con los que observa el derecho desde la distancia. El concepto de laguna no está en la constitución, corresponde a una teoría general del positivismo analítico que asimila el sistema jurídico con el lenguaje y la textura abierta que produce lagunas argumentativas. Es un ejemplo típico de los modos deductivos comunes en la dimensión analítica pues esta idea se aplica al ordenamiento jurídico para colegir que este posee ciertos vacíos que no pueden solucionarse *a priori* y que, por lo tanto, evidencia que no es absolutamente hermético ni coherente.

Son particularmente llamativas las consecuencias de la constitucionalización del derecho desde esta dimensión. Como postura hegemónica de los estudios de la constitución, aún hoy resuenan sus advertencias sobre la peligrosidad de los discursos de aplicación del derecho que no toman medidas contra la supuesta discrecionalidad que produce la indeterminación del derecho. El concepto de laguna cumple justamente una función más allá de las típicas labores descriptivas de la dimensión teórica y pasa a apoyar advertencias de corte metodológico.

Pero, como hemos advertido, lo que constituiría una elaboración de conocimiento sistemático dentro de cada una de las dimensiones, presupuestos que han sido creados para explicar o describir el ordenamiento jurídico en cuanto a su existencia, no tendría que trasladarse por necesidad lógica a ámbitos como el de aplicación que corresponde a la dimensión metodológica y que, como veremos, debe ser abordada a partir de puntos de partida y modos de aproximación con marcada diferencia para una adecuada elaboración de conocimiento sistemático a partir de allí.

Sobre este punto cabe llamar la atención sobre la particular relevancia que ganó en Latinoamérica el famoso debate Hart contra Dworkin (Rodríguez Garavito, 1997) cuando, así como lo ratifican la mayoría de los autores relacionados con el *canon neoconstitucional*, estos dos autores tienen presupuestos de partida, procedimentales y objetivos marcadamente diferentes. Su discusión se dio justamente sobre la forma en la que debe entenderse el derecho en términos de una marcada dimensión diferente y no sobre presupuestos específicos y por sí mismos como la discrecionalidad, la indeterminación o el problema sobre si el derecho ofrece una sola respuesta o ninguna respuesta correcta.

Con ocasión de todo lo anterior, una de las tareas más urgentes de la demarcación de estas dimensiones en un corpus ordenado de estudios de la constitución es establecer los límites debidos a las tesis producidas por la dimensión teórica y que han oscurecido la importancia de otro tipo de aproximaciones al estudio de la constitución o han causado confusión por la asimilación forzada de unos autores con otros.

2.3.2. La dimensión metodológica

En esta dimensión se desarrollan aproximaciones a la constitución como objeto de estudio; se analiza la manera en la que se aplican las normas. No es el estudio de las instituciones jurídicas que, como predicaba Kelsen, pueden extraerse de forma generalizada de un ordenamiento jurídico. En la dimensión metodológica se estudia la constitución como un conjunto de presupuestos relacionados *siempre* con la solución de un problema o caso conflictivo que proviene de la praxis social. Por esta razón se busca ofrecer un conocimiento sobre los mejores o más idóneos procedimientos para la resolución de los problemas por las vías del derecho válidamente establecido. La perspectiva es regularmente interna y en tanto se busca la solución a los problemas haciendo uso de un discurso meta-ético como el que se aprecia de todo tipo de normas cuando las personas reconocen cierta validez o eficacia de ellas, puesto que el derecho prescribe lo que debe o no hacerse, el punto de partida es siempre filosófico. Los modos de proceder son hermenéuticos o argumentativos con ocasión de las exigencias de adecuación o justificación de las normas producidas válidamente por el legislador y las condiciones de apremiante resolución que demanda un caso práctico específico.

Por esas razones, no tienen razón los teóricos positivistas como Comanducci, o aquellos vinculados a la dimensión teórica de los estudios de la constitución como Ferrajoli o Pietro Sanchís, cuando toman como actitud de partida que los académicos vinculados a los fenómenos de constitucionalización del derecho a partir de una dimensión metodológica son iusnaturalistas. Según aquellos, quienes parten de la dimensión metodológica no distinguen o reavivan la relación entre derecho y moral. Sin embargo, el hecho es que académicos como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther o el mismo Robert Alexy entienden que las normas jurídicas hacen parte de unos enunciados de razonabilidad práctica que se les presentan tanto a ciudadanos como a jueces, que existen con ocasión de la experiencia de vida que comparten como miembros de una comunidad y que justamente establecen una diferencia entre normas o discursos jurídicos con los morales en la medida en que todos ellos reconocen que las normas morales no poseen el vínculo de obligatoriedad que sí poseen las jurídicas.

Ya sea por medio del presupuesto de *integridad* en Dworkin (1992; 2012), de las *condiciones de vida postmetafísica* en Habermas (2010), del *discurso de racionalidad práctico-jurídico* de

Günther (1993) o del *caso especial* en Alexy (1993), ninguno de estos autores acepta o reconoce que el derecho y la moral son lo mismo u operan de forma similar. Cuando los académicos de la dimensión teórica se esfuerzan por mantener este tipo de prejuicios demuestran justamente la hegemonía que tienen los discursos académicos de la dimensión teórica y la arbitrariedad con la que producen sus construcciones apoyados, como veremos, en fundamentos de corte ideológico que soportan sus elaboraciones con pretensiones de objetividad.

En cualquier caso, es clave entender que en la dimensión metodológica ya no se requiere de una visión general de la constitución, sino de unos presupuestos que, como hemos dicho, se establecen en relación con la manera de aplicar y emplear los enunciados que contemplan las normas de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados. En este sentido la producción de conocimiento sistemático en la dimensión metodológica tiene que ver con la atención a *teorías sobre la argumentación* en sentido amplio, *la ponderación* como argumentación (Alexy, 1993; 2007), *la hermenéutica constructivista* de Dworkin (2012) o el *discurso práctico* de Günther (1993).

2.3.3. La dimensión ideológica

Las aproximaciones a la dimensión ideológica de la constitución implican la presuposición de antemano de una constitución como un documento político que sirve para dar un orden determinado a la sociedad. El punto de partida es comúnmente de tipo sociológico o politológico y los modos de aproximarse a ella pueden variar desde métodos deductivos o inductivos hasta críticos. En este sentido, cuando la intención del conocimiento está guiada por una aproximación desde la dimensión ideológica se entiende que el derecho es un sistema social como otros (el económico, el moral o el sistema del poder), y que todos estos pueden influir en él.

En este campo sociológico y politológico del estudio de la constitución se incluyen además de las consideraciones sobre el derecho como sistema social las reflexiones críticas sobre la influencia que tienen las elaboraciones conceptuales y de procedimiento elaboradas desde las dimensiones teórica o metodológica sobre el funcionamiento del Estado constitucional de derecho. Esta particular tarea que se lleva a cabo en la dimensión ideológica cobra sentido cuando pensamos en que la mayoría de las concepciones teóricas en las que nos basamos para estudiar la constitución son liberales y que con su hegemonía se ha llegado a despreciar o a desconocer el valor de aproximaciones con bases ideológicas diferentes como las teorías del *pluralismo jurídico* (Wolkmer, 2018; De Sousa Santos, 2009; Tamanaha, 2000), el realismo jurídico (Kennedy, 2009) o la misma teoría del discurso práctico (Günther, 1993).

La aproximación desde la dimensión ideológica al proceso de constitucionalización del derecho tiene por objeto la reconfiguración en ese contexto de las relaciones del derecho

con la política y el resto del poder social. En estas caben los análisis clásicos asociados a los factores reales de poder, las relaciones de un orden jurídico constitucional con los planteamientos normativos de la teoría democrática, la libertad y la igualdad (en sus múltiples versiones), los condicionamientos histórico-políticos en América Latina que determinan la producción y *eficacia simbólica del derecho*²¹ y, por ende, los debates alrededor del *pluralismo jurídico* (De Sousa Santos, 2009; Wolkmer, 2017; 2018). Aquí incluso encuentran lugar los debates meta-críticos que se pueden establecer con las aproximaciones teóricas de corte liberal que esconden sus presuposiciones cognitivas en los análisis del derecho y reclaman su pureza metodológica recurriendo a la clásica —pero anticuada— división de la razón en mundana y trascendental.²²

Por tales motivos es importante destacar que la dimensión ideológica del estudio de la constitución no solamente tiene por fin el análisis sociopolítico relacionado con asuntos como el poder constituyente —que hoy ha ganado una gran atención en la teoría democrática de izquierda—, la teoría de la ciudadanía o la constitución como presupuesto de la esfera pública política, sino que puede servir como base de reflexión crítica frente a las otras dos dimensiones cuando, por ejemplo, se han establecido o consolidado como dominantes e incontestables en un escenario académico específico.

2.4. Conclusiones

Este texto ha tenido como propósito el diseño de un marco propedéutico que sirva de base para el análisis contemporáneo de los asuntos relacionados con la constitución. Se han ofrecido argumentos para destacar algunos elementos de conclusión.

En primer lugar, es necesario tomarse en serio la constitucionalización del derecho como un proceso histórico abierto que puede tener desarrollos teóricos distintos. En relación con esto, y contra lo que las teorías positivas y neoconstitucionalistas dominantes imponen, pueden pensarse fundamentos, razones y justificaciones diferentes.

En consecuencia, es posible abrir el campo de estudio a una perspectiva interdisciplinaria, relativamente autónoma y de corte progresista que permitiría continuar el proceso de reflexión sobre la forma de *constitución democrática* cuya legitimidad se debate en nuestros tiempos desde múltiples puntos de vista.

²¹ Por ejemplo, el gran trabajo intelectual de Mauricio García Villegas (2010) y los trabajos recientes de Cesar Rodríguez Garavito (1997). Por supuesto, se ubica aquí también el trabajo intelectual de Roberto Gargarella.

²² Pienso en la influencia que llegó a tener la teoría crítica en algunos sectores académicos e Estados Unidos a partir de trabajos como los de los alemanes Franz Neumann y Otto Kirchheimer, y, otros de diferente naturaleza como los *Critical Legal Studies*, la *Critical Race Theory*, la *Feminism Legal Theory*, entre otros.

Por último, este texto ofrece elementos para la confrontación de los paradigmas dominantes que sirven para detener el proceso de democratización de la comunidad política en lugares como Colombia. Y, en este sentido, es también un invitación al estudio de nuevas perspectivas, a la formación y al análisis de autores ignorados o teorías malinterpretadas en los programas de derecho.

2.5. Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge (original publicado en 1832).
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara.
- Brunkhorst, H. (2014). *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*. Bloomsbury.
- Carbonell, M. y García, L. (eds.) (2010). *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (16), 90-112. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>
- Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 175-190). Universidad Externado.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. ILSA.
- Dworkin R. (1992). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Gedisa.
- Dworkin R. (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014a). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 9-19). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014b). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. En *Un Debate sobre el Constitucionalismo* (pp. 11-41). Marcial Pons.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- García Villegas, M. (2010). *Sociología y crítica del derecho*. Fontamara.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. IEPRI-Debate-UNAL.
- Guastini, R. (2009). La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 151-164). Trotta-UNAM.

- Günther, K. (1993). *The sense of Appropriateness. Application on Discourses in Morality and Law*. SUNY.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Habermas, J. (1987). *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*. Trotta.
- Hart, H. L. A. (2014). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Kennedy, D. (2009). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- Rodríguez Garavito, C. (1997). *El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores.
- Tamanaha, B. (2000). A non-essentialist version of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 27(2), 296-321. <https://www.jstor.org/stable/1410566>
- Wolkmer, A. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Akal.
- Wolkmer, A. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Dykinson.

3. La constitucionalización del derecho familiar y sus desafíos a la institución de la seguridad jurídica: el caso de la familia de crianza

Víctor Julián Moreno Mosquera

3.1. Introducción

En mayo de 2018 la Corte Suprema de Justicia decidió proteger los derechos fundamentales de una ciudadana que reclamaba la tutela jurisdiccional para la declaración de su filiación de crianza, ante la negativa de las autoridades judiciales ordinarias que sostenían la inexistencia de fundamento positivo y vigente plausible para tal pretensión.

Si bien en dicha sentencia la Corte no declaró la existencia de un vínculo de crianza para la tutelante, pues la providencia acusada de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso fue un auto interlocutorio de rechazo, el órgano de cierre fue categórico en afirmar que existen suficientes instrumentos normativos sobre la filiación de crianza que ameritan su discusión por la justicia ordinaria (Corte Suprema de Justicia, STC6009, 2018).

Esta interpretación que realiza el alto tribunal descansa en la reconstrucción sistemática de las subreglas contenidas en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la propia Corte Suprema de Justicia que sobre la materia han constitucionalizado el orden jurídico en materia de filiación de crianza.

Esta categoría filial que resulta novedosa e incluso incidental a los ojos de la tradición judicial y la seguridad jurídica doctrinal en derecho familiar es invisible ante los operadores jurídicos ordinarios, para quienes la filiación solamente tenía tres alternativas de gestarse, a saber: la matrimonial con fundamento en el artículo 213 del Código Civil y demás normas concordantes, la extramatrimonial desde la Ley 45 de 1936, pasando por la Ley 75 de 1968, y terminando con la Ley 721 de 2001, y la adoptiva con las disposiciones contenidas en el Código de Infancia y Adolescencia.

Pero no es este el único aspecto que ha mutado en materia de filiación positiva por cuenta del constitucionalismo corregido de las cortes. Es común encontrar en las revistas

especializadas de derecho familiar titulares tales como: “El vínculo biológico es irrelevante para impugnar la paternidad por inseminación artificial”; “Impugnación de la filiación reconocida voluntariamente da lugar a indemnización de perjuicios en favor del menor”; “Evidencias científicas no desvirtúan relaciones filiales consolidadas por el tiempo” (Ámbito Jurídico, 2017a).

Las providencias contenidas en dichos titulares son congruentes con una visión dignificante y humana de las realidades contemporáneas en clave constitucional. Sin embargo, para el positivismo jurídico tradicional esta clase de activismo judicial genera contradicciones legales, atomiza y desestabiliza la previsibilidad de los efectos en prerrogativas y obligaciones, para este caso filiales, provocando incertidumbre sobre múltiples figuras como la caducidad en las acciones de reclamación de filiación de crianza, por solo citar un ejemplo.

Sumado a esto, desde la óptica positivista tradicional no siempre existe congruencia entre la producción jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional e incluso del Consejo de Estado, pues, en no pocas oportunidades, generan choques interpretativos que ponen en jaque a los operadores jurídicos.

Lo dicho provoca que la seguridad jurídica familiar se vea sometida a la volatilidad de la sobreinterpretación de la constitución, la prescindencia del silogismo, y la hipermoralización del derecho, ente otros riesgos (Arrubla Paucar, 2010), como la creación de figuras de compleja interrelación sistémica, que es el caso del co-padre de crianza por asunción solidaria de paternidad (Corte Constitucional, T-074, 2016a) en el cual, para conceder una pensión de sobreviviente al tutelante menor de edad, se establece un nexo familiar a partir de la dependencia económica parcial y el desarrollo de una relación afectivo-filial con el causante, a pesar de que dicho menor sostiene una relación estable y funcional con sus padres.

La metodología utilizada en el marco de esta investigación es de corte cualitativo, con un enfoque de orden interpretativo y comprensivo, que descansa en su fundamento histórico hermenéutico, toda vez que habilita el reconocimiento de la construcción jurisprudencial de la constitucionalización del derecho de familia en materia de la familia de crianza. Así, se atendió la aplicación de técnicas de recolección documental de doctrina y análisis extractivos de las razones decisorias de fondo de las sentencias de las altas cortes, en clave de análisis estático según lo propuesto por López Medina (2006). A este respecto vale decir que la propuesta metodológica planteada para esta investigación se relaciona con los derechos fundamentales al debido proceso, el derecho a tener una familia y el amor, como referentes estructurales de la corrección constitucional del derecho ordinario, que reinterpretan la institución de la seguridad jurídica familiar.

Finalmente, el presente capítulo está dividido en tres partes: (i) revisión de la constitucionalización del derecho de familia; (ii) exposición de la perspectiva positivista de la

seguridad jurídica en clave familiar, y (iii) materialización de la corrección normativa en la jurisprudencia constitucional reciente (Corte Suprema de Justicia, STC-6009, 2018; Corte Constitucional, T-074, 2016a y T-281, 2018).

3.2. Constitucionalización del derecho familiar

Antes de aterrizar en la constitucionalización del derecho familiar es menester establecer la línea argumentativa de esta figura. El punto de partida de una nueva visión de la Constitución se sustenta en la cláusula del Estado social de derecho. Para Restrepo Tamayo (2018) es el contenido constitucional que nutre el reconocimiento de las garantías ciudadanas por parte de las autoridades, y permite construir y defender una esfera pública de libertad sustentada en los principios de igualdad y justicia material.

En Colombia, el activismo judicial de la Corte Constitucional ha permitido reconocer el carácter vinculante de los principios y valores consagrados en la carta política, en tanto los preceptos axiológicos “determinan la dirección hacia la cual deben orientarse el actuar público [...] y la importancia de los principios constitucionales es que permiten al juez constitucional *inaplicar* una regla cuando esta pueda lesionar de forma ostensible un principio constitucional” (Restrepo Tamayo, 2018, p. 40).

La influencia del sistema de fuentes sustentado en el *common law* (Corte Constitucional, C-836, 2001), y la reinterpretación constitucional del papel vinculante de la jurisprudencia, especialmente aquella con efectos inter-partes, ha introducido una fuerte cultura constitucional en el ejercicio de acciones como la tutela y la de inconstitucionalidad.

Este papel, además, no es puramente ideológico ni aspiracional. El desarrollo de los últimos años en el derecho colombiano muestra que existe ya la expectativa social de que las interpretaciones jurisprudenciales sean tenidas en cuenta de manera seria en la decisión de los casos y de que la coherencia decisional sea un elemento *de iure* en la resolución de litigios dentro del Estado de derecho (López Medina, 2016a, p. 76).

En esta medida, la disciplina del derecho procesal constitucional ha permitido a través de las diversas acciones trascender sobre la interpretación literal de la Constitución, para visualizarla interconectada con todos los elementos del sistema normativo, generando como consecuencia directa que los juicios ordinarios en los que, por ejemplo, intervienen sujetos de especial protección como niños, niñas, adolescentes, mujeres, personas de la tercera edad, o personas con discapacidad tengan la potencial garantía de ser controlados por vía constitucional, en el evento en que sus fallos atenten contra los criterios esenciales de razonabilidad (Agudelo Osorio, 2016).

En armonía con lo expuesto y de cara a las relaciones circunscritas a los vínculos de pareja y materno o paternofamiliar, Esborraz (2015) en sus pesquisas derivadas de la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica ha llegado a afirmar que no existe una conceptualización expresa de la familia en las constituciones de América Latina. Incluso en instrumentos jurídico-políticos de orden internacional sobre derechos humanos y el llamado bloque de constitucionalidad en la región no es posible encontrar el concepto formulado de familia.

Se trata, en consecuencia, de una noción implícita que debe ser extraída de los datos suministrados por ese complejo de fuentes; operación que muchas veces, cuando es llevada a cabo por los órganos encargados de efectuar el control de constitucionalidad, puede constituir una decisión política (o de política del derecho) en atención a que, a partir de la interpretación y aplicación de plexos constitucionales similares, se arriba a un concepto de familia en cada caso diferente.

Ahora bien, tratándose del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha interpretado el artículo 42 superior, para amparar integralmente las diferentes configuraciones de familia, pues en la citada norma no están expresamente enunciadas. La articulación de los mandatos obrantes en el bloque de constitucionalidad, sumado a los movimientos sociales materializados en el sistema comparado, han permitido la constitucionalización del derecho familiar, incluyendo en este el estatuto de la Infancia y la Adolescencia, que como nota particular recibió un tratamiento prevalente y superior según lo dispuesto en el artículo 44 superior, pues “el constituyente primario estableció una ampliación para el control de la normatividad como saneamiento y aplicación de los derechos humanos en el contexto civil colombiano fáctico” (Alarcón-Palacio, 2011, p. 370).

En este sentido, vía jurisprudencia constitucional han tenido cabida discusiones controversiales que no encontraron eco en los oídos del órgano político competente en primera instancia: el Congreso. Para Álvarez Pertuz(2011), gracias a la Corte Constitucional se ha logrado corregir el déficit de protección legal en materias como la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial, entre otros aspectos, al extender sus efectos a las parejas del mismo sexo. Aunado a ello, se ha integrado el concepto de *familias diversas*, incluso en políticas públicas en las que la reivindicación de garantías constitucionales ha arropado a la población LGBT.

En efecto, ha sido vía interpretativa de los derechos fundamentales²³ de los sujetos integrados a esta neoconstitucionalizada forma de ver a las relaciones familiares que la carga po-

²³ Para la Corte Constitucional (C-577, 2011) existe un régimen constitucional de amparo familiar que habilita la salvaguarda de derechos fundamentales y principios como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad, la no violencia y la igualdad. Sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres

lítico-jurídica asignada a la familia como núcleo fundamental de la sociedad ha trascendido las visiones tradicionales y legalistas sobre la familia. Y desde el año 2011, en particular con la Sentencia C-577, que analiza el matrimonio igualitario, se empieza a reconocer la diversidad familiar como producto de una hermenéutica sistemática constitucional que garantiza un amparo estatal inmediato más allá del plano meramente pecuniario o patrimonial. “La familia es un concepto amplio que admite diferentes modelos y que no se basa exclusivamente en los vínculos biológicos, ni en la heterosexualidad” (Noguera y Guzmán, 2012, pp. 7-8).

Corolario de lo expuesto, la Corte resuelve la contradicción existente entre la protección desplegada en los fallos de acción de amparo esencial a familias monoparentales, extensas, extendidas o ensambladas, y la resistencia al reconocimiento en sala de las acciones públicas de inconstitucionalidad contra la visión clásica familiar; modelo este que se ha visto superado por la coherente postura de justicia material impregnada en la jurisprudencia de tutela.

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones; proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte (C-577, 2011) y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente. Lo anterior significa que el texto constitucional es capaz de reflejar y aglutinar las transformaciones multidimensionales de una sociedad, a partir de sus principios y fundamentos axiológicos. Luego, las pautas interpretativas de coherencia constitucional las dictan las instituciones jurídicas en armonía con los criterios orientadores de realidad social.

A partir del fallo en cuestión, la constitucionalización del concepto de familia evidencia un progreso sobre las percepciones tradicionales que se ven superadas a su vez por circunstancias sociales dinámicas, que afectan desde las relaciones particulares cotidianas hasta los grandes movimientos políticos que colectivizan las demandas de una población minoritaria determinada. Este proceso de corrección interpretativa del sistema legal familiar en clave constitucional descubre que la visión exegética del artículo 42 superior no alcanza a contener la compleja sustancia mutable de la familia. Esto da apertura a diversas variables sociológicas que insertan vínculos de amor, respeto y solidaridad para superar el baremo legalista y unívoco del matrimonio o el nexo jurídico, e integrar a las familias en unidad de vida derivadas de convivencias maritales, adoptivas, de crianza o monoparentales, en-

humanos, se protegen el interés superior del niño, la solidaridad, el interés familiar, el principio de no discriminación e igualdad y el principio de identidad con el ánimo de “lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones” (p. 132).

sambladas, extendidas, entre otras (López Medina, 2016b). En este sentido, para la doctrina constitucional se destaca que:

La idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia, experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares” (Grosman y Herrera citadas en Corte Constitucional, C-577, 2011, p. 153).

Esta visión transformadora de la realidad familiar contemporánea es congruente con la condición caleidoscópica de la dignidad humana, que se expresa en las polimórficas relaciones socioculturales con cabida en un enfoque flexible de la institución familiar a partir de la integración de la diferencia y la tolerancia como bases de un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia.

Posteriormente, la Corte Constitucional (SU-214, 2016b), al abordar la discusión sobre los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en relación con el matrimonio igualitario encontró que constitucionalmente solo es factible censurar la unión cuando existen grados cercanos de parentesco, otro vínculo matrimonial, la falta de consentimiento o la edad; ya que cualquier otra discriminación social, étnica, racial, o por identidad sexual, atenta contra el postulado supremo de la dignidad humana.

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 común. 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”.

Aunado a lo anterior, 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 no lo ejerzan en igualdad de condiciones. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una cate-

goría 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, en la norma superior, escrita en el lenguaje deóntico de los principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en el principio lógico jurídico kelseniano según el cual “lo que no esté jurídicamente prohibido, está permitido” (Corte Constitucional, SU-214, 2016b, p. 140).

Nótese cómo en estos últimos apartados la Corte Constitucional hace expresa las implicaciones de la constitucionalización del derecho familiar, para dar cabida y crear la figura del matrimonio igualitario, ante la falta de prohibición explícita en el texto del artículo 42 superior. La fórmula de codificación dispuesta en el ordenamiento político superior permite encontrar todas las alternativas posibles para la materialización de los principios y valores que sustentan el eje dinamizador del Estado social, concebido como la dignidad humana (Moreno Mosquera et al., 2016).

Finalmente, en este apartado, todo lo dicho cobra vigencia en la materialización de los principios constitucionales que le son propios e inherentes a la legislación familiar, entre los cuales se cuentan: “El de igualdad, la protección y el respeto, como fundamentales, así como el de interés superior (de la familia y de los niños) o intereses prevalentes. Del mismo modo, el principio de unidad familiar, el principio de protección” (Parra Benítez, 2018, p. 54).

3.3. Sobre la seguridad jurídica familiar: la crisis

En primer lugar, al abordar el concepto de seguridad jurídica es menester reconocer su tradicional expresión según la cual la ley se ubica en el cenit del ordenamiento en relación con otras fuentes formales como la costumbre, y enaltece el derecho legislativo en contraposición con el derecho de los jueces. Desde la perspectiva axiológica, para Radbruch (1978, citado en Gómez Lee, 2016), la seguridad jurídica no debe entenderse como un fin para tranquilidad de los sujetos, sino como la garantía preservativa del derecho en sí, y atendiendo la naturaleza de valor en su estructuración, demanda los siguientes cuatro aspectos: (i) que sea derecho positivo, estatuido en leyes; (ii) que sea un derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto; (iii) que los hechos puedan establecerse con el menor margen posible de error y que sean practicables; y (iv) que no se halle expuesto a cambios demasiado frecuentes, pues no debe hallarse a merced de una legislación incidental (Gómez Lee, 2016).

De cara a la tradición civilista del siglo XIX (Savigny, 1878), la seguridad jurídica representa una garantía positiva para que el ordenamiento jurídico valga formalmente y las de-

cisiones o efectos que emanan del sistema normativo sean previsibles, estables y coherentes con el tenor literal y legalista de las normas. Entendido así el mundo normativo para el positivismo jurídico, está herméticamente cerrado al reconocimiento de otros órdenes jurídicos por fuera de los acogidos por la voluntad de legislador, lo que imposibilita distinguir entre los criterios de legalidad y legitimidad, esta última en términos de justicia.

Tal distinción podía valer en otro plano, el plano de la experiencia ética, pero no en el jurídico. Del mismo modo que los derechos eran lo que la ley reconocía como tales, la justicia era lo que la ley definía como tal. La relación ley-justicia se adecuaba perfectamente a la relación ley-derechos (Zagrebelsky, 2011, p. 96).

Esto conllevó que, en su mayoría, los operadores jurídicos tuvieran una excesiva confianza en el ordenamiento, a tal punto de afirmar la ausencia de vacíos o lagunas, en tanto el sistema descansaba en un pensamiento conceptual y se correspondía con una unidad lógica de interpretación silogística que lo blindaba herméticamente. Esta visión se articula con la construcción instrumental del derecho, en la que la seguridad jurídica y la previsibilidad de las consecuencias normativas van de la mano con la idea equivalente de conceptos como derecho, ley y voluntad del legislador; que a su vez se oponen a la facultad abierta de interpretación legal por parte del juez.

De acuerdo con lo anterior, para Bovero (2015) el concepto de seguridad jurídica está íntimamente ligado a la idea de Estado de derecho, en tanto que históricamente los movimientos de codificación legal y las constituciones escritas permiten comprender la relación armónica entre los poderes públicos y establecer límites claros al ejercicio jurisdiccional para que no socave la estabilidad democrática, legitimada en el pre-establecimiento de reglas formales y sustanciales. Esta lógica científicista del positivismo jurídico se justifica en el imperativo de “fundar la convivencia civil sobre un conjunto de reglas estables y duraderas, no provisionales y no fácilmente derrotables, aptas para defender a los individuos contra los arbitrios de poder [...] y para proteger la igualdad jurídica de los mismos” (pp. 49-50).

No obstante los loables fines de la seguridad jurídica antes descritos, a principios del siglo xx, potenciadas por otras hermenéuticas, se desplazaron los rígidos criterios de la exégesis francesa y los anclajes historicistas de la escuela alemana, al evidenciar los vacíos y lagunas derivados de la falta de “sabiduría” omnicomprendiva del legislador. Se dio así cabida a los métodos y fines de la jurisprudencia de intereses y la doctrina del derecho libre (Restrepo Tamayo, 2012). A partir de allí, y con la ampliación progresiva del concepto de laguna, los jueces se han vuelto más activistas y, en épocas más recientes, han transformado las instituciones al desarrollar el derecho y por ende mutar el clásico concepto de seguridad jurídica (Salas Salas, 2013).

Con el cambio del paradigma positivista hacia un derecho constitucionalizado (Haberma, 2010) que implica la supremacía y validez material de los derechos y principios constitucionales, se da un giro antropocéntrico en las instituciones y en las formas de concebir el derecho, más allá de las formas por las formas, y ya la legalidad no es equivalente a la justicia (López Medina, 2004; 2006; Rodríguez Garavito et al., 2006). Igualmente, se robustece la metodología aplicativa de las autoridades judiciales, quienes comprenden la función analógica de las subreglas y precedentes aplicados con criterios de coherencia, tanto a nivel vertical como horizontal (López Medina, 2006; 2016a; Bernal Pulido, 2014; Restrepo Tamayo, 2018). Esta nueva cosmovisión surgida en la condición social del Estado, formula un paradigma afincado en la dignidad humana y la justicia material, y reinterpreta las instituciones jurídicas clásicas del derecho, entre ellas la seguridad jurídica.

Así las cosas, la seguridad jurídica como pieza vital de todo sistema normativo materializa la garantía efectiva de los demás principios del derecho para un armónico funcionamiento del ordenamiento jurídico. A su vez empodera en doble vía las actuaciones de los agentes del Estado y los ciudadanos, al revestir de certeza y estabilidad la manera en que los jueces deciden los casos e interpretan el derecho mismo, independientemente del contenido material de las reglas y subreglas que amparan y protegen los bienes y prerrogativas jurídicas (Arrázola Jaramillo, 2014).

Es por esto que en Colombia el cambio de paradigma ha intensificado la revisión de la institución de la seguridad jurídica, pues en el contexto de una democracia constitucional se ha aceptado la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, por parte de la Corte Constitucional (SU-627, 2015), situación que desde una óptica positivista tradicional expone la contradicción de la jurisprudencia constitucional, al haber sostenido la improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de fallos (Corte Constitucional, C-590, 2005). Empero, se desmitifica incluso una institución de capital importancia como la cosa juzgada constitucional, al considerar que esta no es un fin en sí misma. Para el alto tribunal, esta figura debe sostenerse en tanto instrumento para alcanzar el valor de la justicia, pues “las instituciones del Estado social de derecho, establecidas para la promoción de los valores democráticos, [...] no pueden permitir que se consoliden situaciones espurias, bajo el argumento de la obediencia ciega a las situaciones juzgadas (Corte Constitucional, SU-627, 2015, p. 30). Este cambio paradigmático en la institución de la cosa juzgada constitucional abre la puerta para considerar la reinterpretación de la seguridad jurídica en el marco del Estado social de derecho colombiano.

Ahora bien, en lo atinente al derecho de familia es claro que ha sido una de las instituciones jurídicas más estables en el ordenamiento jurídico colombiano. La idea inmutable de la familia matrimonial respaldada por la tradición y la religión católica en los sistemas

legales occidentales la convirtieron en una institución celosamente concebida y protegida por la institucionalidad estatal. Esta idea se armoniza con el interés del Estado de construir un orden jurídico seguro, estable y duradero, similar a las funciones que cumple la unidad familiar respecto del tejido social. En esencia, la importancia de la familia radicaba en ser el primer nicho personal y social a través del cual pueden aprehenderse tanto las estructuras de la cultura y la vida en sociedad como el dogma institucional de la fe, de la verdad revelada y de la tradición (Moreno et al., 2015).

Sin embargo, en la actualidad se han transformado las conductas familiares en la medida en que han eclosionado las características estructurales de los arquetipos sociales, económicos y políticos mediados por la globalización, los medios de comunicación masiva y los vertiginosos avances científicos y tecnológicos.²⁴ Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y particularmente en la última década, la tranquilidad normativa familiar se ha desplazado para dar cabida a la incorporación jurídica de nuevos modelos de uniones afectivas, como resultado de la constitucionalización de esta disciplina, en la que los intereses públicos del Estado han reinterpretado los límites de la autonomía privada de la voluntad en clave de una visión multidimensional de la familia reconstruida o ensamblada, amparada en los fallos de tutela.

Así las cosas, la evolución jurisprudencial neoconstitucionalista desfiguró los soportes del derecho familiar decimonónico, quedando prácticamente vaciado de sus elementos estructurales, como es apreciable en la figura del contrato matrimonial con la pérdida de sus basamentos de heterosexualidad e indisolubilidad (Corte Constitucional, C-577, 2011), por tan solo citar un caso. Por lo dicho, se comprende cómo el control constitucional se ha afinado para reconocer la rápida evolución social y evitar que la tradición positivista sustentada en la ley amenace los derechos fundamentales de las poblaciones minoritarias y vulnerables.

Esta reestructuración del modelo jurídico de familia se ha materializado bajo la permanente sombra del discurso de una familia en crisis. Durante este proceso, la mirada se focalizó en el progresivo ocaso de la institución matrimonial, por esencia cuna de la familia jurídica. De esta manera, la noción de la familia en crisis pareciera asomar como un escudo que promueve más bien la resistencia frente a los inevitables cambios. Durante esta transición se irá descifrando que la crisis no se sitúa en las instituciones, sino en la fragmentación de un modelo de vida de una época. Con ello, las que cambiarán serán las costumbres existentes en la comunidad, que cederán ante la necesidad de una sociedad más justa, equitativa

²⁴ En términos de Espinoza Collao (2016) existen variados factores para este cambio paradigmático que permite erosionar la normatividad establecida para el orden familiar como: (i) la transición igualitaria de la mujer a la vida pública, (ii) el control y nuevas formas de reproducción humana, (iii) los cambios en los roles de género, y (iv) la falta dominio de la religión tradicional.

y democrática, todo esto tutelado bajo la premisa de que la familia es una herramienta primaria para la felicidad humana, fin último del derecho (Espinoza Collao, 2016).

En este sentido, Bocanument-Arbeláez (2017) sostiene que existen desafíos constitucionales para el derecho de familia que están aún por resolverse como los efectos jurídicos del poliamor y las relaciones de crianza. Con todo, las concesiones jurisprudenciales otorgadas a las estructuras de parejas y familiares diversas tienen como soporte el paradigma de la tolerancia, a pesar de coexistir con un sistema normativo tradicional legislativo que no está en el mismo plano de igualdad. Por tanto, se requiere la articulación de los poderes públicos, en tanto las disposiciones normativas se conversen con la jurisprudencia constitucional de cara a los desafíos consistentes en redefinir los fundamentos materiales del derecho civil familiar insertado en la carta política, y adecuar la legislación de familia a los principios constitucionales.

La doctrina de las relaciones jurídico-familiares estudiada tradicionalmente por expertos del derecho privado formula categorías e interpretaciones propias de esta disciplina, pero al tratarse de instituciones constitucionalizadas como la familia, se requiere un enfoque de análisis hermenéutico que se comunica con el derecho público y termina generando tensiones que complejizan las funciones naturales del juez ordinario.

Esto se presenta porque, como una consecuencia derivada de un extendido neoconstitucionalismo, la sujeción de la ley a la Constitución puede debilitar el carácter dogmático de la primera, ya que solo *toma posesión* de su carácter dogmático una vez que se produce su encaje o ajuste con la normativa constitucional (súper-dogma). Y ello ocurre, sin embargo, con el coste de que, debido a la presencia en la constitución de contenidos sustantivos difíciles de precisar, no es fácil saber cuál es su contenido o qué es *lo que dicen* las normas constitucionales (Lathrop, 2017).

Para el caso colombiano, se ha acusado a la Corte Constitucional (C-577, 2011) de fracturar la seguridad jurídica de las instituciones familiares, como ocurrió con el tema del matrimonio igualitario y la adopción gay, toda vez que este alto tribunal usurpó funciones propias del legislativo. Se ha evidenciado la falta de compromiso institucional del Congreso en materia familiar, especialmente cuando de amparo a minorías y población vulnerable se trata. Este déficit de protección legal convierte al ordenamiento jurídico colombiano en perpetuador de la discriminación y la desigualdad social y política.

El activísimo judicial constitucional, por vía de tutela o inconstitucionalidad, se justifica para corregir el modelo democrático con el fin de regular el poder de las mayorías sobre las decisiones que conciernen a una minoría, lo que protege al derecho mismo. Esto “no solo goza de toda legitimidad sino que resulta del todo necesaria en una democracia constitucional” (Molina Ricaurte y Carrillo Cruz, 2018, p. 101). Una forma de reinterpretar la

institución de la seguridad jurídica es a partir de las claves que ofrece López Medina (2016a), refiriendo el equilibrio de la jurisprudencia constitucional y su coherencia, tanto interna como externa, es decir, los jueces en sus fallos deben garantizar la armónica relación entre los principios superiores de legalidad, igualdad y debido proceso, al momento de resolver situaciones jurídicas trascendentes en el orden jurídico familiar, no solo acatando los fallos de las altas cortes, sino también siendo fieles a sus propias decisiones, más allá del capricho y arbitrariedad que descansa en la visión tradicional de una judicatura basada en la tradición monolítica conservadora. Este criterio interpretativo propugna por un ejercicio judicial con criterios mediamente objetivos para controlar su función, en aras de proteger a los ciudadanos que acuden a la jurisdicción.

3.4. El derecho de familia constitucionalmente corregido: el caso de la familia de crianza en tres fallos

En la legislación familiar colombiana no existe un conjunto sistémico de normas que regulen la familia de crianza.²⁵ Las garantías otorgadas a esta modalidad familiar se han dado a partir de la jurisprudencia de tutela que acogió a los ciudadanos que en forma voluntaria subrogaron el deber de cuidado y manutención definitivo, correspondiente a las familias nucleares de niños abandonados, sin que mediara intervención estatal.

El reconocimiento material de orden constitucional a los lazos de afecto, socorro y ayuda constante entre personas que carecen del nexo biológico, al margen del parentesco civil provocado por la adopción, se deriva del deber de solidaridad consagrado en el artículo 95 Superior y los principios de prevalencia e interés superior que asiste a las garantías y derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme con el artículo 44 de la misma carta, en concordancia con el artículo 67 de la Ley 1098 de 2006, que a su vez consagra como fundamental el derecho de estos niños a ser amados.

3.4.1. Sentencia T-281

En este sentido, la Corte Constitucional (T-281, 2018) actuando en el marco de su función de control, vía monitoreo por revisión de tutela, decidió proteger al accionante Agobardo Córdoba Aragonés, curador legítimo de Pedro Pablo Córdoba Aragonés, contra la sociedad Riopaila Castilla S.A., Colpensiones y la Fundación Gerontológica Luz y Esperanza para el

²⁵ Si bien existen normas que hacen alusión a la figura de la madre de crianza o a la posesión notaria del estado civil de hijo, entre otras, son disposiciones legales que no reconocen y articulan de forma sistemática los derechos y obligaciones que se desprenden de esta clase de relaciones familiares de hecho.

reconocimiento pensional. Este desarrollo activo de la jurisprudencia ha permitido establecer siete criterios para tipificar una familia de crianza:

(i) *Solidaridad*. Se evalúa en la causa que motivó al padre o madre de crianza a generar una cercanía con el hijo, y apoyo emocional y material constante y determinante para su adecuado desarrollo.

(ii) *Reemplazo de la figura paterna o materna (o ambas)*. Se sustituyen los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto.

(iii) *Dependencia económica*. Se genera entre padres e hijos de crianza, lo que hace que estos últimos no puedan tener un adecuado desarrollo y condiciones de vida digna sin la intervención de quienes asumen el rol de padres.

(iv) *Vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección*. Se pueden verificar con la afectación moral y emocional que llegan a sufrir los miembros de la familia de crianza en caso de ser separados, así como en la buena interacción familiar en el día a día.

(v) *Reconocimiento de la relación padre y/o madre, e hijo*. Esta relación debe existir, al menos implícitamente, por parte de los integrantes de la familia y debe ser observada con facilidad por los agentes externos al hogar.

(vi) *Existencia de un término razonable de relación afectiva entre padres e hijos*. La relación familiar no se determina a partir de un término preciso. Es necesario que transcurra un lapso que forje los vínculos afectivos.

(vii) *Afectación del principio de igualdad*. Se configura en idénticas consecuencias legales para las familias de crianza y para las biológicas y jurídicas, en cuanto a obligaciones y derechos y, por tanto, en el correlativo surgimiento de la protección constitucional (Corte Constitucional, T-281, 2018, p. 32).

En este caso concreto se destacan las evidencias verificadas por la Corte Constitucional (T-281, 2018), en relación con el requisito cuarto, es decir, frente a los vínculos de amparo y protección, dado que fueron los hermanos de crianza del beneficiario Pedro Pablo Córdoba Aragón, los que revelaron los términos de simbiosis afectiva de dicha familia de crianza, con que se remontan al nacimiento de Pedro Pablo y se fortalecieron con el transcurso del tiempo. En este caso la Corte Constitucional corrige constitucionalmente el déficit de protección legal que parte de la concepción de familia estructurada en principio por lazos de sangre o en su defecto por la supervisión del Estado, una vez comprobada la idoneidad adoptiva para conformar el parentesco civil. Es por ello que existe una reinterpretación de la seguridad jurídica familiar, en el sentido de garantizar una relación edificante y duradera en el tiempo, en la que a falta de familia biológica fue atendido el mandato de solidaridad a partir del cual se construyeron nexos de amor y comprensión, dando

génesis a un hogar tolerante que buscó darle estabilidad y dignidad a un niño abandonado, relación que duró de 1978 hasta 2014, reconocida públicamente y que ahora no puede ser invisibilizada por el Estado.

3.4.2. Sentencia STC6009

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2018) decidió mediante la providencia STC6009-2018 del 9 de mayo una acción de tutela interpuesta contra el Juzgado de Familia de Soacha, por rechazar una demanda, formulada por una ciudadana que desde los tres años de vida había sido acogida por una familia de crianza, y buscaba tutela judicial en tal sentido. El despacho accionado interpretó que esta clase filial de facto está en un vacío legal, tanto sustantivo como procedimental, máxime que la accionante no presentó prueba genética de relación biológica con sus supuestos padres.

El alto tribunal accedió a las pretensiones de amparo invocadas ante la afectación de intereses fundamentales como el debido proceso, la igualdad y el acceso a la administración de justicia, atendiendo a las subreglas existentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según los cuales los privilegios de exclusividad de las familias de antaño excluían otros modelos y paradigmas de familia. En esta providencia se resaltó la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera (2009), rad. 17997, reiterada en la providencia (Consejo de Estado, 2013), cuyo radicado corresponde al N.º 31252, para ilustrar que:

[...] La familia no se configura solo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente, también a factores sociológicos y culturales (p. 22).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional²⁶ ha sido consistente en la salvaguarda de las prerrogativas pecuniarias de las familias de crianza; y esta coherencia ha permitido que la Corte Suprema y el Consejo de Estado, tradicionalmente reticentes a la visión antiformalista de la Corte Constitucional, terminen aceptando el mejor argumento, en el marco de la razón pública correcta y razonable (Habermas, 2010).

²⁶ Para la Corte Suprema de Justicia (2018), los fallos más relevantes de la alto tribunal constitucional en materia de filiación social son los establecidos en las providencias T-459 de 1997, T-586 de 1999, T-403 de 2011, T-606 de 2013, T-233 de 2015, T-074 de 2016 y T-177 de 2017, pues en las subreglas que estructuran sus precedentes se destaca el vínculo de crianza como forma válida de familia.

La potencia del mejor argumento estableció que el yerro judicial del accionado no se debió a que no reconociera la existencia del vínculo filial de facto, pues en sala de revisión de tutela no le está dado usurpar la competencia ordinaria para declarar una filiación aún no debatida. El defecto sustantivo que constituyó vía de hecho en la providencia de rechazo estriba en el desconocimiento e ignorancia de la jurisprudencia que constituye fuente formal de derecho, razón por la cual mínimamente debió admitir la demanda. Tal fue la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso que soslayó la Ley 1564 de 2012, y al margen de ella, estableció un criterio arbitrario de rechazo, inexistente en la ley procesal. Esta intervención de la Corte también sirvió para establecer seguridad jurídica en relación con la forma consistente y coherente en que los jueces ordinarios deben interpretar el derecho vigente.

3.4.3. Sentencia T-074

La Corte Constitucional (T-074, 2016a) revisó el fallo de tutela en el cual se buscaba el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en favor de un menor de edad en situación de discapacidad, y respecto de un pariente fallecido con quien tenía una relación estrecha personal y de dependencia económica, a pesar de la existencia de padres biológicos que interactúan cotidianamente con el beneficiario. Vale destacar que para este evento el supuesto analógico de la filiación de facto parece no encajar, pues no existe desplazamiento absoluto de la familia biológica. En este caso concreto, si bien subyace el principio de solidaridad, este es asumido por una persona que acompaña las obligaciones pecuniarias domésticas.

Sin embargo, para la Corte Constitucional es claro que el texto constitucional es de textura abierta y requiere ser indexado de conformidad con la compleja realidad social, máxime si se trata del sostenimiento económico de una persona en situación vulnerable como miembro de una familia construida en el marco de lazos de amor, socorro y tolerancia, condiciones estas propias del postulado cardinal superior de dignidad humana. De ahí que el amparo constitucional se brinde, incluso ante la coexistencia de los ascendientes de grado más próximo. Es por ello, que la creación de la figura del *co-padre de crianza por asunción solidaria de paternidad* se predica del sujeto que en forma voluntaria y con el ánimo de ayudar en las penurias de manutención vital se responsabiliza de cargas inherentes al rol de padres o madres, frente a sus hijos no emancipados, creando estrechos nexos de aprecio, asistencia y protección. Así las cosas, se concluye que la protección constitucional de la familia se proyecta de igual forma a la familia ampliada.

Igualmente, con el fin de proteger la institución de la familia, el juez constitucional debe verificar que en cada caso existan efectivamente lazos de afecto, respeto, solidaridad, protección y comprensión, así como la asunción de obligaciones, de manera consistente y

periódica, debidamente probada, que corresponden a los padres biológicos, por otra persona de la familia, en virtud del principio de solidaridad. Finalmente, se derivan las mismas consecuencias jurídicas para las familias conformadas por un co-padre de crianza por asunción solidaria de la paternidad, y para las biológicas y las legales, en lo referente a acceso a beneficios prestacionales (Corte Constitucional, T-074, 2016b, p. 32).

Este amparo permite dimensionar el poder creador de la constitucionalización del derecho en asuntos relacionados con la familia. El robustecimiento argumentativo del principio de solidaridad para este caso permitió establecer y ubicar en un plano de igualdad a la familia integrada por un co-padre de crianza, con la generada por la familia de hecho, en tanto no se estableció discriminación alguna en contra del tutelante para recibir la prestación económica reclamada.

3.5. Conclusiones

El sistema jurídico constitucional colombiano ha transformado las instituciones tradicionales del derecho familiar. La jurisprudencia de tutela y constitucionalidad han extraído los elementos constitutivos de la familia decimonónica, protegida por la tradición, la religión y el establecimiento. En este contexto, la seguridad jurídica familiar implosionó, a la par que la democracia constitucional y el activismo judicial desplegaron sus alas en el vuelo hacia la corrección de un ordenamiento jurídico anárquico, clasista y excluyente, que no conversa con la realidad social.

Lo anterior desató una crisis en la concepción familiar del positivismo jurídico, afincado en preceptos de tipo religioso, por la alta influencia de la religión católica, pero anquilosados en la estrecha codificación legal. Contra esta cosmovisión clásica llegaron reclamaciones encaminadas a lograr una esfera pública de igualdad y equidad en el ejercicio de los derechos humanos y fundamentales materializados en las relaciones familiares de facto.

La constitucionalización del derecho de familia, verificada en la Sentencia T-281 de 2018 de la Corte Constitucional y en la Sentencia STC6009 del mismo año proferido por la Corte Suprema de Justicia, permite afirmar que el arquetipo de la familia interpretado en Colombia no se encuentra supeditado a las ataduras de la interpretación exegética y literal del derecho privado y civil codificado. El Código Civil colombiano pierde valor y vinculatoriedad en relación con la potente argumentación que ofrecen los altos tribunales para atender los pedidos ciudadanos de justicia material y de trato digno por parte de las autoridades ordinarias.

En gracia de discusión, si bien es cierto que debería ser el Congreso de la República el órgano encargado de introducir las nuevas figuras de protección familiar en el ordenamien-

to jurídico, para el caso colombiano es evidente que el déficit de protección legal y la actitud inoperante y omisiva por parte del legislador ha llevado a que las garantías fundamentales de las minorías y la población vulnerable sea vilipendiada. En parte, porque aún se mantiene un espectro neoconservador que añora la idea patriarcal de familia sustentada en el poder hegemónico, natural y físico de la heterosexualidad, como paradigma dominante mayoritario que incide en las prácticas intolerantes y de irrespeto a la condición social del Estado.

De ahí, que se justifique este activismo judicial del tribunal constitucional, que lejos de fisurar la seguridad jurídica, la reviste de legitimidad, ya no en clave de *civil law*, sino en la lógica del derecho neoconstitucionalizado, que lo lleva a suplir la deficitaria labor que ordinariamente correspondería al legislador desinteresado frente a un cambio radical en temas como el amparo de prerrogativas derivadas de la filiación social o las familias ampliadas.

El reconocimiento constitucional de diversas cosmovisiones étnicas y culturales desde 1991 ha potencializado la crítica a la tradicional y pacífica génesis natural de la familia. El modelo político-jurídico familiar actual se debate entre dos arquetipos interpretativos: en el primero, se parte de una afectación a la seguridad jurídica con la alta discrecionalidad de las altas cortes para modificar y soslayar las instituciones tradicionales establecidas durante años y acuñadas por la ley; y el segundo, que se soporta en el reconocimiento de la realidad social en tanto dignificante de la condición humana, en el cual la jurisprudencia se convierte en el instrumento para materializar la justicia y corregir el déficit de protección legislativa bajo la lógica de la constitucionalización del derecho familiar.

La crisis de la seguridad jurídica como institución no se puede predicar respecto de las relaciones familiares, pues estas van mutando conforme evolucionan las dinámicas sociales. Es menester reestructurar el orden jurídico familiar que, como en el caso de las familias o en el de la filiación de crianza, abunda en precedentes constitucionales sistematizados a tal punto que superaron la expresión legalista, aislada e inoperante de la función legislativa en esta materia.

El derecho de familia corregido en clave constitucional debe reinterpretar su objeto de análisis y control social a partir de las órdenes que, vía jurisprudencial, han dado las altas cortes en la redefinición del concepto familiar. Por lo tanto, se permitirá que en lo sucesivo las prácticas judiciales y administrativas ordinarias en materia de familia visibilicen las reclamaciones sustentadas en criterios materiales de justicia social, en los que los lazos de amor, afecto y socorro mutuo no tengan que esperar a ser protegidos por una acción de tutela, sino que sea la consecuencia de una comprensión incluyente y articulada de los principios constitucionales y los valores trazados por el Estado, en términos de la paz y respeto en las relaciones domésticas.

Lo dicho impedirá que, so pretexto de salvaguardar el prurito formal de la seguridad jurídica familiar, las autoridades públicas incurran en rechazos y discriminación constitucional al solaparse en la hermenéutica fría del positivismo jurídico. En sentido contrario, aplicarán los principios superiores de solidaridad, interés superior, prevalencia de los derechos de los niños y los adolescentes, o de igualdad de las poblaciones minoritarias y vulnerables como las mujeres o las personas de la tercera edad, dando cuenta de las implicaciones metodológicas de un derecho familiar constitucionalizado.

El caso de las familias de facto o la filiación social pone de presente la obligación del Estado de amparar relaciones permanentes y estables sustentadas en el amor, la ayuda y el socorro; incluso ante la existencia de la familia biológica, como ocurre en el caso del co-padre de crianza por asunción solidaria de paternidad. Y junto con ello, la preparación de la comunidad académica, los doctrinantes y los abogados litigantes en derecho de familia para vivir el constitucionalismo familiar de cara a la materialización de relaciones justas y solidarias, más allá del inoperante cuerpo normativo civil, que se ha vaciado de sus elementos arcaicos de heterosexualidad, religiosidad y solidez (Bauman y Bordoni, 2016).

Finalmente, puede afirmarse que los derechos reconocidos por la jurisprudencia constitucional a los hijos de crianza, amparados en el principio de solidaridad, han corregido el orden jurídico familiar para ajustarlo a la realidad social contemporánea, sustentada en lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia. Resta ahora aceptar el desafío y empezar a reformular instituciones del derecho de familia como los alimentos, la custodia y los cuidados personales, las visitas, la representación legal, el usufructo y la administración del patrimonio de los hijos de crianza, entre otros, para resolver estos conflictos a la luz de los postulados de la constitucionalización del derecho, más cercana al cumplimiento de los fines esenciales del Estado constitucional.

3.6. Referencias

- Agudelo Osorio, J. (2016). *Choque de trenes: tutelas contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano* [tesis de maestría, Universidad de Antioquia]. Repositorio Institucional Universidad de Antioquia. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/6256/1/AgudeloJulian_2017_ChoqueTrenesTutela.pdf
- Alarcón-Palacio, Y. (2011). Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia. *Vniversitas*, (122), 363-394. <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a13.pdf>
- Álvarez Pertuz, A. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. *Jurídicas CUC*, 7(1), 27-52. <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/413>
- Ámbito Jurídico. (2017a, 26 de octubre). Impugnación de la filiación reconocida voluntariamente da lugar a indemnización de perjuicios en favor del menor. En *Ámbito Jurídico*, Sección Civil. Consultado el

- 1 de septiembre de 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/impugnacion-de-la-filiacion-reconocida-voluntariamente-da-lugar>
- Ámbito Jurídico. (2017b, 25 de julio). Actualizan jurisprudencia sobre impugnación de filiación por inseminación artificial. Julio. En *Ámbito Jurídico*, Sección Civil. Consultado el 1 de septiembre de 2018. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/actualizan-jurisprudencia-sobre-impugnacion-de-filiacion-por>
- Arrubla Paucar, J. A. (2010). La constitucionalización del derecho privado. *Nuevo Derecho*, 5(7), 47-73. <http://revistas.iue.edu.co/revistas/ieue/index.php/nuevodercho/article/view/271/421>
- Arrázola Jaramillo, F. (2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público*, (32), 1-27. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.32.2014.09>
- Bauman, Z. y Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis*. Paidós.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Bocanument-Arbeláez, M. (2017). *Estructuras de familia en Colombia: Tensiones entre el reconocimiento y la exclusión* [tesis doctoral, Universidad de Medellín]. Repositorio Institucional UDEM. http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4198/T_DD_4.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bovero, M. (2015). Seguridad jurídica y democracia. Una perspectiva teórico-política. En C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco y J. Ferrer Beltrán (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (pp. 49-92). Marcial Pons.
- Colombia. Consejo de Estado. (2013, 11 de julio). *Sentencia Rad. 31252* (Enrique Gil Botero, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2001, 9 de agosto). *Sentencia C-836* (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2005, 8 de junio). *Sentencia C-590* (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011, 26 de julio). *Sentencia C-577* (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015, 1 de octubre). *Sentencia SU-627* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016a, 22 de febrero). *Sentencia T-074* (Alberto Rojas Ríos, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016b, 28 de abril). *Sentencia SU-214* (Alberto Rojas Ríos, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2018, 23 de julio). *Sentencia T-281* (José Fernando Yepes Cuartas, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2018, 9 de mayo). *Sentencia STC6009* (Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, M. P.).
- Esborraz, D. F. (2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. *Tendencias y proyecciones. Revista de Derecho Privado*, (29), 15-55. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.02>
- Espinoza Collao, A. (2016). ¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar. *Tla-melaua*, 10(41), 222-240. <http://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v10n41/1870-6916-tla-10-41-00222.pdf>

- Gómez Lee, I. D. (2016). *La seguridad jurídica. Una teoría multidisciplinar aplicada a las instituciones*. Vol. II. [tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia]. Editorial Universidad Externado de Colombia, Colección tesis doctorales.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Lathrop, F. (2017). Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de familia chileno. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 329-372. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274011>
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.^a). Legis.
- López Medina, D. (2016a). *Eslabones del Derecho: El deber de coherencia con el precedente judicial*. Universidad Los Andes y Legis.
- López Medina, D. (2016b). *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis y Universidad de Los Andes.
- Molina Ricaurte, C. J. y Carrillo Cruz, Y. A. (2018). El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia. *Revista de Derecho*, 31(1), 79-103. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-00079.pdf>
- Moreno, V., Londoño, D. y Rendón, J. (2015). Matrimonio, familia y unitarismo: condicionantes sociopolíticos de la doctrina católica en la construcción de la identidad política y jurídica de la familia en Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 15(29), 73-92. <https://doi.org/10.22518/16578953.476>
- Moreno Mosquera, V. J., Roncancio Bedoya, A. F., Restrepo Yepes, J. D. y Carvajal Casas, S. (2016). Línea jurisprudencial constitucional sobre el cambio de modelo jurídico-político familiar en Colombia (1996-2016). En R. A. Betancur Durango, J. D. Restrepo Yepes y V. J. Moreno Mosquera (eds.), *Auditorio Constitucional. Discusión y reflexión sobre algunos temas de investigación jurídica* (pp. 125-193). Fondo Editorial IUE.
- Noguera, M. y Guzmán, D. (2012, 15 de enero). Familias LGBT: Iguales derechos, igual protección. *Documento de Discusión* (10). Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/familias-lgbt-iguales-derechos-igual-proteccion/>.
- Parra Benítez, J. (2018). *Derecho de Familia*. Temis.
- Restrepo Tamayo, J. (2012). Escuelas jurídicas del siglo XIX. En *Filosofía del Derecho* (pp. 159-183). Universidad de Medellín.
- Restrepo Tamayo, J. F. (2018). *Estructura constitucional del Estado colombiano*. Universidad de Medellín.
- Rodríguez Garavito, C., García Villegas, M. y Uprimny Yepes, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Norma.
- Salas Salas, N. (2013). *El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia* [tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio Institucional UN. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/12206>

Savigny, M. F. C. (1878). *Sistema del Derecho Romano actual*. F. Góngora y Compañía. http://fama2.us.es/fde/ocr/2009/sistema_Del_Derecho_Romano_Actual_Savigny_T1.pdf

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley derechos y justicia*. Trotta.

4. En defensa del Estado social de derecho: un análisis de la racionalidad de gobierno y el activismo judicial desde la cláusula social del Estado colombiano²⁷

Andrés Felipe Roncancio Bedoya

Diego Alejandro Hoyos C.

Lady Juliana Guevara

4.1. Introducción

En un Estado constitucional discutir sobre los derechos fundamentales implica reconocer que, por la existencia del contrato social, cada ciudadano tiene expectativas frente a las promesas establecidas en el texto constitucional. En la dinámica social, entonces, cada asociado espera que, a partir del funcionamiento del Estado, aquello que se positiviza como derecho fundamental le confiera las prerrogativas que le permitan garantizar dignidad humana, autodeterminación y supervivencia (Restrepo Tamayo, 2018).

En este sentido, el presente capítulo tiene como propósito ahondar en las categorías epistemológicas que han generado la idea del constitucionalismo social, por un lado, y, por otro lado, el devenir de la constitución económica, entendiendo que ambos conceptos responden a una conceptualización teórica que recoge un proceso de formación histórico y político que llegó al texto constitucional colombiano. Este supuesto es importante para reconocer cómo se generan los lineamientos al responder a una cuestión revisada por el constitucionalismo colombiano, que no solo plantea un rastreo de fondo, sino además una cosmovisión sobre los derechos que se confrontan y sobre el establecimiento de las condiciones de sostenibilidad del Estado social de derecho.

Por esta razón es necesario determinar cuáles son las condiciones en las que se da la intervención del Estado, toda vez que dicha intervención tiene una cláusula en la que se cuestiona el sentido de lo que sería el Estado social de derecho. Además, como uno de los

²⁷ Trabajo adelantado en el marco del proyecto de doctorado en derecho que se adelanta en la Universidad de Medellín.

fundamentos de esta forma de Estado es garantizar y velar por la defensa de los derechos fundamentales, ello implica reconocer hasta qué punto esto hace parte de la esencia misma del Estado social o si, por el contrario, supone un fenómeno que se debe al activismo judicial y, en correspondencia, a la tarea del juez constitucional, como parte de una tarea que no se le había encomendado al discernir el debate teórico de nuestro devenir constitucional, y desde allí, establecer los lineamientos que determinen el ámbito de protección de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, en la dinámica constitucional el Estado establece las condiciones en las cuales un derecho fundamental puede hacerse exigible, lo que implica que, a partir de la consagración positiva, la institucionalidad se obliga frente al ciudadano a desarrollar, en sus actuaciones, las medidas con las que se materializan en el sistema normativo los medios idóneos a través de los cuales se significa, disfruta y garantiza un derecho fundamental.

En Colombia, a partir del proceso de constitucionalización que se construye con la Constitución Política de 1991, se ha generado una importante transformación en la manera como se comprenden e interpretan los derechos fundamentales, puesto que, a partir de la aparición de la Corte Constitucional, la visión de los derechos fundamentales se transforma de una mera consagración normativa a eje estructural del Estado, como está consagrado en la denominada cláusula social del Estado (Roncancio y Roncancio, 2014).

Conforme con lo anterior, es necesario precisar que, bajo la visión constitucional, la carta política de 1991 determina su vocación de posicionar la racionalidad de gobierno en su cláusula social. Así, en su parte dogmática se fija una posición que pretende garantizar, más allá del alcance positivo, la defensa de los derechos fundamentales, tal como se evidencia en la Sentencia T-406 de 1992:

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

En dicha providencia, la Corte Constitucional fija una ruta que representará durante el inicio del siglo XXI una posición de intervención que consolidará una priorización efectiva de los derechos fundamentales frente a cualquier disposición formalista, dando cuenta de que su protección implica una racionalidad política que se liga a la doctrina ordoliberal

(Bonfeld, 2012) que prioriza el derecho sobre la economía, y actúa de forma directa a través de la concepción de solidaridad, lo cual se entiende como fórmula de corrección de la acción estatal para satisfacer aquellas necesidades de quienes tienen menos o están en mayor riesgo (Rawls, 2011).

Desde este presupuesto, diversos estudiosos (Moreno Mosquera et al., 2016; López Bajo, 2017; Nieto Rodríguez y López Cárdenas, 2018; Rúa Castaño, 2017; Soto Díaz y Herrera Gutiérrez, 2015) sostienen que el resultado de este proceso de constitucionalización del sistema normativo es la generación, por parte de la Corte Constitucional, de una tendencia de activismo judicial que se resume en márgenes amplísimos de protección de derechos fundamentales, pero con una fuerte imposición de una carga económica para las finanzas públicas. Frente a eso se generan dos explicaciones: una primera que acota el problema a una tensión entre la constitución dogmática y la constitución orgánica y una segunda que posiciona el problema en el juez activista en su posición de defensor de la Constitución.

Este supuesto tiende a explicar que existe una problemática que hace inviable la cláusula social del Estado, hipótesis que plantea la necesidad de indagar dos asuntos fundamentales: (i) si existen problemas en la confección de la racionalidad del gobierno en la Constitución Política, entre su parte dogmática y su parte orgánica, y posteriormente; (ii) si las decisiones judiciales del activismo judicial hacen inviable el Estado social de derecho.

4.2. Constitución social vs. constitución económica

Una consideración interesante de la confección de la Constitución de 1991 indudablemente se vislumbra en el análisis de todo el cuerpo de la Constitución, frente a la cual ha sido plausible determinar desde una perspectiva metodológica una lectura por lo menos de tres partes o bloques de cuerpos normativos a lo largo del texto constitucional; una primera ubicada como el preámbulo en el cual se encuentran todos los elementos fundacionales y aspiraciones del Estado, integrando de forma directa los valores constitucionales defendidos políticamente; una segunda, constituida como la parte dogmática en la que se consagran los fines funcionales del Estado, sus principios rectores, así como todos los elementos característicos del Estado y un catálogo de derechos fundamentales; y finalmente, un último acápite que es definido como la constitución orgánica en el que se construye toda la estructura y el funcionamiento del Estado.

Bajo esta dimensión es claro que los tres elementos hacen parte de un solo corpus, el cual presenta toda la construcción del proyecto político colombiano. No obstante, si bien se ha advertido que en una primera dimensión la Constitución a través de la cláusula social establece una postura de intervención y garantía, resulta inquietante darse a la

tarea de determinar cuáles son los alcances del denominado título doce de la Constitución, la denominada Constitución económica, en la cual se desarrolla el concepto economía social de mercado. Dicho margen económico, presupone en un plan teórico dos elementos: (i) basar la actividad económica del Estado a partir de la propiedad privada y la libertad; y (ii) declarar que el libre mercado es la racionalidad de gobierno que rige la actividad económica en Colombia.²⁸

Desde esta precisión se puede rastrear cuáles son los fundamentos y alcances que se declaran en el texto constitucional e inicialmente, frente a la denominada cláusula social del Estado, se concluye que esta tiene su origen histórico en la Alemania de la posguerra, a través de la Ley Fundamental de Bonn. No obstante, más allá de ser esta una declaración política dentro de la confección económica, tiene en su desarrollo estructural una racionalidad gubernamental que se posiciona sobre la necesidad de control que debe existir del gobierno frente a la economía.

Refiriéndose a este asunto, Foucault (2009) afirma que existe una diferencia estructural sobre el arte de gobierno que se gestó en la Alemania de la posguerra y en el resto de Europa y EE. UU. A través de la construcción de la economía social de mercado, los primeros se condujeron por una racionalidad altamente intervencionista, que privilegió el gobierno sobre el mercado, mientras que los segundos determinaron la necesidad de una mínima o nula intervención del Estado sobre la economía.

Con esto se desarrolló una construcción teórica de la acción gubernamental, puesto que, en el caso alemán, según Böhmeler (1998), Noejovich, H. (2012), Ptak (2009), Streit y Wohlgemuth (2000), es el Estado el que debe dinamizar toda la estructura y a sus actores a través de la concepción de la vida como un capital social en el cual se pretende invertir, teniendo en cuenta que garantizar derechos en sí mismo fortalece al Estado. Esta propuesta fue nombrada *ordoliberalismo*; en cuanto a su confección otorga una disposición diferencial de la no intervención que es característica del neoliberalismo. En términos funcionales es factible afirmar que en el ordoliberalismo la construcción de la idea de libertad se articula como una propuesta del liberalismo corregido, lo que se encuentra en la teoría de Rawls (2011), en cuanto establece una disposición por reconfigurar y creer en el contrato social y la

²⁸ Frente a esta consideración es relevante evidenciar cómo en la confección normativa el capítulo XII de la Constitución Política de 1991 se advierte una dinámica conceptual alrededor de la racionalidad económica que determina en la construcción de la arquitectura constitucional que, si bien supone la dimisión estructural del factor social a través de la fórmula de solidaridad expresada en las dinámicas de corrección normativa, establece en su diseño estructural la base del libre mercado en el inciso primero del artículo 333, dando cuenta de que existe una diferenciación directa entre la condición implícita del carácter social y la obligación de regulación y solidaridad que se propone en condiciones económicas. Esta lectura se puede evidenciar en los criterios conceptuales del Mont Perely Society, que identifican de forma directa el libre mercado con la no intervención y por tanto con el neoliberalismo (Hartwell, 1995; Butler y Hartwell, 2012; Ghersi, 2004; Harvey, 2007).

posición de garantía del Estado y, a su vez, dimensiona la necesidad de generar medidas de equiparación con quienes se encuentran en una situación de riesgo o inferioridad manifiesta a través de un esquema de corresponsabilidad mediado por el Estado que establece una construcción diferenciada de la esfera pública según la cual lo estatal se construye bajo la base del acuerdo político fundamental.

Por otro lado, al hacer una aproximación a las dinámicas del neoliberalismo resulta interesante identificar que su pilar fundamental es el libre mercado. Este plantea en su construcción un esquema diferencial frente a la visión de los derechos que dispone la concepción individualista del sujeto que supera al Estado, toda vez que allí la libertad está ligada de forma exclusiva y excluyente a la significación de la propiedad privada y la potencialidad de adquirir bienes y servicios en una dinámica de mercado puro, posicionando al Estado como un mero veedor de la dinámica transaccional que se produce en el mercado, conforme proponen Friedman (1957; 2009), Harvey (2007) y Duggan (2012). En efecto, esta condición tiene una visión empresarial de responsabilidad propia que generaliza un margen de autocuidado sobre el cual esencialmente el Estado debe garantizar la potencialidad de adquirir recursos ilimitados sin ninguna condición.

Según este análisis es evidente que conceptualmente existen diferentes racionalidades en un gobierno que defiende una concepción social frente a uno que defiende el libre mercado, pues su alcance resulta diferenciado en las condiciones y en la forma como cada uno pretende satisfacer las necesidades de los ciudadanos y como se entienden las prerrogativas propias de un derecho fundamental. En el primer caso (en un gobierno social) se propone un proyecto colectivo del buen vivir como una construcción colectiva, mientras que el segundo (el gobierno neoliberal) se sostiene en la autonomía con la que cada sujeto gestiona su buen vivir.

En estos términos reconocer esta diferenciación implica que, pese a los buenos propósitos de la confección de los constituyentes de la Constitución Política, existe un punto de desencuentro que supone una tensión clara entre la constitución dogmática y la constitución económica, puesto que la primera pretende dar cuenta de un espectro de protección ampliamente social, mientras que la segunda entiende la construcción de los derechos como un asunto individual (Díaz Londoño, 2009; Roncancio B., 2013).

Esta tesis implica una revisión que, dentro del cuerpo constitucional, y desde la visión teórica del constitucionalismo social del siglo xx, traería consigo una incorporación de la categoría social de la propiedad privada, lo que reviste a este derecho fundamental de una naturaleza social, y con ese revestimiento se permitiría la intervención estatal para dotar de un sentido colectivo a la propiedad. Así se entiende al Estado como una construcción política que interviene para privilegiar el interés colectivo sobre el interés individual. A su vez,

implica una determinación que establece que, frente al régimen económico de una economía de mercado, la visión social tiene como propósito garantizar un desarrollo de la solidaridad: a través de los tributos y la regulación sobre las condiciones de mercado que apremien la consolidación de un régimen político visto bajo la idea de la economía social de mercado. Con todo, la economía y el gobierno tienen una disputa irresuelta que no determina claramente cuáles son los alcances de cada uno.

Por tal motivo, resulta pertinente inferir en los propósitos de la Constitución Política el establecimiento de tres parámetros que desde la visión gubernamental permiten alcanzar, a través de las directrices presentadas a continuación, la materialización de los anhelos de la carta. En ese sentido se identifica que, en primer lugar, se deben desarrollar con claridad las cláusulas de la economía de mercado como criterio de regulación de las prestaciones consideradas como fundamentales a través de normas jurídicas que permitan la exigibilidad de los derechos fundamentales de manera inmediata. En un segundo lugar, se debe construir una política social que permita la consecución de los propósitos constitucionales de la carta magna, y finalmente se debe enmarcar una diferenciación positiva que establezca la posibilidad de que se presenten servicios públicos liderados por particulares altamente regulados.

4.2.1. Derechos de exigibilidad inmediata

Entre las disposiciones consagradas en la Constitución del 91 sobre las garantías constitucionales, y desde la categoría sociológica del contrato social, existe un catálogo de derechos que en la construcción de la soberanía política se consideran de exigibilidad inmediata. En esta categoría se encuentran los derechos que hacen parte de las garantías fundamentales referentes a las libertades y cuya protección en todo caso puede ser exigida por el sujeto de derechos en cualquier momento. En consonancia se tienen el derecho de libre locomoción y el libre desarrollo de la personalidad.

Esta categoría de derechos, en términos de Holmes y Sustein (2017), representa unos derechos de bajo costo en la medida en que la función del Estado y el marco jurídico construido indican que hay poca intervención estatal, porque desde la concepción propia del liberalismo se ha engendrado una disposición positiva del orden jurídico, en la que el supuesto de su garantía está ligado a la existencia de una norma positiva que posibilite el control de la acción estatal.

Bajo ese panorama, en el plano de regulación se prevé normas jurídicas que establecen concesiones normativas de las cuales se generan posibilidades para el sujeto que puede o no disponer, ya que la titularidad de esa potestad reside de forma exclusiva en el individuo que decide cómo disfrutar de sus garantías fundamentales sin la intervención del Estado. De ahí

que sea preciso advertir que, frente a esa condición de funcionamiento, en todo momento la garantía está dada por derechos de tutela efectiva, que el paradigma de la constitución social versus constitución económica hace que se consoliden. De lo anterior vale la pena resaltar que esta condición depende de que la garantía se encuentre previamente consagrada en el ordenamiento jurídico.

De la variable anterior se derivan las otras dos restantes, que presuponen una revisión estructural sobre el campo de aplicación del orden jurídico, las cuales serán el centro de la discusión fundamental de este análisis, teniendo en cuenta que su característica es la garantía de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, cuyo parámetro común es el alto costo para la institucionalidad que representa su garantía. Frente a estos derechos es claro que, en la determinación de la configuración de la economía de mercado, el margen menor de su exigibilidad se establece porque, en efecto, su cumplimiento representa una dificultad técnica, en la medida que su garantía representa un importante costo público, y con él una decisión compleja dentro del sistema jurídico.

4.2.2. Política social y derechos fundamentales

Desde la enunciación de esta segunda categoría de desarrollo conceptual es claro que la disposición afrontada indica que el centro de protección de los derechos cuyo sujeto de protección es la sociedad o la colectividad considerada como un todo merece un análisis profundo, dado el grado de complejidad que encarnan respecto de la protección colectiva de las gabelas fundamentales dirigidas al conjunto de sectores habidos dentro del cuerpo social. Frente a esto es claro que la estimación de estos derechos representa un costo amplio, en la medida en que la justicibialidad está ligada a una representación implícita del gasto del Estado para su protección.

Como Delgado Gutiérrez (2002) sostiene para comprender cómo la política social desarrolla este tipo de derechos tendríamos que mencionar que su construcción está dada en la medida que:

La política social se define como el conjunto de objetivos, regulaciones, sistemas y entidades por medio de las cuales el Estado se dirige a crear oportunidades y fortalecer los instrumentos en términos de la equidad y la integración social. La política social, por tanto debe expresar el contenido específico de los servicios, prestaciones, y protecciones sociales; la financiación para garantizar el acceso de quienes carecen de recursos, el aseguramiento de individuos, familias y grupos contra determinados riesgos; y la protecciones a quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad específica. (p.1)

Con base en ello, la dimensión acerca de las garantías está determinada por la capacidad del Estado de establecer y proporcionar dentro del presupuesto público una erogación que estimule el cumplimiento de las garantías fundamentales. No obstante lo anterior, desde su percepción se establece que existe una limitante en cuanto a la destinación de los recursos que pueden necesitar dichas prestaciones que tienen condicionamientos especiales de ejecución y realización. En esta medida, conforme se indicó, es claro que bajo una fórmula constitucional esto implica un sistema diferenciado de justicia, y con esta diferenciación no se consolida una disposición positiva de las normas jurídicas, sino de los fines constitucionales, los cuales se han de plantear para intervenir sobre los más desfavorecidos con cláusulas de inclusión.

Por ello, esta categoría de derechos tiene un alto margen de dificultad; el Estado siempre estará en procura de la realización de los máximos posibles, pero tendrá la limitación de sostener una balanza fiscal frente a su determinación, lo que, en términos funcionales, representará bajo la conexión que con ellos existe una aspiración estatal frente al cumplimiento, que llevaría a reconocer la necesidad de la existencia de una tercera categoría dentro de la cual se pueda escapar a la limitación diáfana que se tiene con la segunda categoría, y que en el marco de la economía social de mercado como sistema económico escogido por el constituyente del 91 permite la engendración del catálogo que a continuación se presentará.

4.2.3. Servicios públicos

Finalmente, tendríamos que aludir a una tercera gran categoría de protección estatal, que se encuentra articulada para lograr un balance entre la economía y la institución del Estado, y es una condición que se trae de la tradición francesa del derecho administrativo, en cuyo interés se crea una política de desarrollo en materia gubernamental a través de la cooperación público-privada de prestación de servicios o actividades que tienen por objeto desarrollar los derechos fundamentales.

En esta categoría se sugiere una disposición de actividades que pueden ser prestadas por particulares o por el Estado.

Al respecto es preciso concluir que esta tensión debe ser afrontada si lo que se pretende es mantener la legitimación lógica del entramado constitucional, puesto que, de no hacerse, cualquier tipo de acción resulta irrisoria e insuficiente, pues solo permite generar acciones con un efecto que puede o no responder a la lógica de la racionalidad del gobierno a través de una acción concreta, llámese tutela, acción popular, sentencia de constitucionalidad, las cuales a fin de cuentas solo garantizan un derecho en términos individualizables que pueden no ser recíprocos para todos los ciudadanos o que incluso pueden ser modificados con el paso del

tiempo. Sobre esa situación se hará necesario volver después de analizar el segundo tópico propuesto en este escrito. Así, la segunda hipótesis presentada nos lleva a cuestionar si, en efecto, esta situación puede ser explicada responsabilizando a los jueces constitucionales activistas de generar este tipo de disruptivas frente a la problemática de financiación de los derechos.

4.3. Activismo judicial y derechos fundamentales

Sobre esta segunda hipótesis se puede afirmar inicialmente que la interpretación constitucional se transformó con la creación de la Corte Constitucional, la cual en el ejercicio de su función de desarrollar la eficacia material del Estado social sostuvo que, cuando se decide acerca de los derechos fundamentales, se debe privilegiar el derecho sustancial, entendiendo que el mismo es el centro de toda la acción gubernamental.

Por esta razón, la Corte Constitucional entiende que, como guardián de la Constitución, debe constitucionalizar las condiciones de interpretación de las normas que consagran derechos fundamentales, estableciendo políticamente hacia dónde el Estado debe avanzar. No obstante, esta posición puede ser considerada como positiva, en tanto ofrece justicia a casos concretos. Se precisa advertir que, en sí misma, cada decisión jurisdiccional plantea un costo, puesto que afecta un estado de cosas que se modifica con los efectos de la providencia. En primer lugar, se genera un costo de naturaleza teórica que se propone frente a las competencias del tribunal constitucional, que se abroga para atender una situación que se presupone ha sido tratada en el marco del ordenamiento jurídico. Posteriormente, se genera un costo esencialmente político que resulta de las dinámicas de concesión de derechos fundamentales a minorías frente a mayorías, que habitualmente son impopulares, y finalmente, se genera un costo económico que se refleja sobre la viabilidad fiscal y financiera del Estado.

Es allí dentro de la tradición jurídica colombiana que, en un primer momento, el hito que transforma el sistema jurídico colombiano aparece con la cláusula Angarita de interpretación constitucional, desde la que se desarrolla una dinamización de las fuentes del sistema jurídico colombiano frente a su interpretación constitucional, toda vez que se construye un presupuesto que garantiza la adecuación del ordenamiento jurídico al orden constitucional, permitiendo con ello una extensión del sentido del texto positivizado en coherencia a la identidad de la Constitución (Restrepo Tamayo y Castaño Zapata, 2019). Señala el magistrado Angarita Barón en la Sentencia T-406 de 1992 que entender la Constitución a través de la decisión judicial implica entender cómo la Constitución responde a las necesidades de la ciudadanía, para consolidar verdaderamente la naturaleza del sistema normativo colombiano:

Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de

las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional, consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso “normativo-general” de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional (Corte Constitucional, T-406, 1992).

Con ello se consagra de una manera directa un margen que posibilita que la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política rompa la lógica funcionalista que se demanda del imperio de la ley, para integrar al orden jurídico principios y valores que orientan la decisión judicial de acuerdo con el proyecto político de Estado que se instituye en la Constitución. Bajo esa tesis, el funcionamiento de la Corte Constitucional va a expedir una serie de decisiones que van a posicionar al tribunal constitucional como el actor principal en la concesión de los derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, se desarrolla la cláusula contra-mayoritaria, como eje del desarrollo del pluralismo jurídico dentro de la cláusula social de derecho. Allí, sentencias que modulan prácticas individualizadas, étnicas, religiosas y en favor de los menos favorecidos establecen un campo de protección que fue haciendo tradición en la forma como se interpretaban los derechos fundamentales. Vale resaltar que, si bien muchas de estas posiciones establecían precisamente una fórmula en contra de las mayorías, y a favor de las minorías, su impacto político fue matizado a través de la significación institucional que se da al tribunal constitucional como órgano institucional de la supremacía legal que se caracterizaba como de avanzada. Como su impacto se da en el plano político, este tipo de decisiones generarán más tarde resistencias que se sostendrán esencialmente sobre la base funcional de democracia.

Finalmente, una estimación que merece una especial revisión se genera respecto de la idea de costo económico derivado de algunas sentencias del tribunal constitucional. El fundamento estructural de estas decisiones tiene dos criterios que generan un impacto dentro de las competencias propias del modelo republicano del Estado, en tanto intervienen en las funciones que atañen a otras ramas del poder público o imponen órdenes por fuera de los presupuestos de planeación y gestión económica del gasto público. Por esto las lecturas económicas señalan que existe un desbalance de la estabilidad económica del país a raíz de diversos fallos en materia de derechos sociales y económicos como el del UPAC, el de los desplazados, el de los recicladores y las madres comunitarias en los cuales sus efectos han irrumpido o sustituido funciones y competencias propias de la rama ejecutiva o legislativa,

imponiendo decisiones inconsultas que repercuten en la confección, planeación y garantía que representan las finanzas del Estado.

Frente a este tercer tipo de costos, el profesor Molina Betancur (2010) establece que “dicha invasión de competencias no es siempre deseada y que en ocasiones no es fácil determinar cuáles son sus linderos, esto por cuanto los límites que separan los contornos de las esferas de competencia de cada órgano” (p. 16), estimando con ello que a través de esta situación existe un impacto que afecta directamente la legitimidad e incluso la legalidad de los procedimientos establecidos dentro de la estructura constitucional del Estado. Por cuenta de lo anterior, se identifica que frente a la relación que existe entre un sistema jurídico y la ciudadanía, un Estado que no garantice dentro de su construcción la legitimidad suficiente de sus decisiones y competencias será siempre valorado como fracasado o fallido (Kriele y Bulygin, 1980).

En este orden de ideas, el fenómeno del activismo tiene un impacto que se refleja sobre la visión de institucionalidad en el sistema normativo. Dicha cuestión, además de relevante, causa un fenómeno consecencial de funcionamiento de la estructura constitucional, la cual bajo una percepción de racionalidad económica tiene por efecto desbalancear los presupuestos con los cuales se ejecuta el aparato institucional del Estado frente a los fines del mismo. Esta situación es preocupante en términos macroeconómicos y microeconómicos, pues como señala Villegas de Osorio (2010) la confección de unas reglas, unos procedimientos y unos conductos económicos es la que garantiza el buen funcionamiento de una sociedad, puesto que dicha paridad, por ejemplo, en materia financiera, es la que posibilita la dinamización social y pública de los círculos económicos desde la escala de lo micro hasta lo macro, concluyendo que en la mayoría de las veces las decisiones altruistas generan impactos negativos sobre lo intangible.

Por esto es posible afirmar, con apoyo en la corriente de la escuela del análisis económico del derecho, que en el paradigma institucional se viabiliza una dimensión clara frente a la sostenibilidad de los derechos y es la que precisa el Acto Legislativo 03 de 2011, que más allá de construir una limitación material a las decisiones del Estado, proyecta que de no garantizarse la actuación estatal frente a las sentencias, con los recursos limitados, las concesiones creadas en materia de derechos no serían más que letra escrita sin efectividad (Congreso de la República, 2011).

Dicho impacto puede interpretarse, según Palacios Mejía (2001), como un problema cuando la Corte se comporta como legislador positivo. Así lo expresa:

El problema, a mi juicio, consiste en que el tropicalismo con el que la Corte define sus facultades, para comportarse como legislador “positivo”, conduce a que muchas de sus decisiones, y en particular las que tienen que ver con asuntos económicos, ocasionan que

la sociedad colombiana sea “ineficiente”, esto es, que todos los colombianos obtengamos menos bienes y servicios de los que podríamos obtener con los recursos que Dios, nuestros padres y nosotros hemos incorporado a Colombia (p. 7).

De lo dicho se sigue que la consagración ilimitada de concesiones carece de sentido, si en la misma no se viabiliza una relación directa y consecencial de garantía material; de nada sirve un catálogo amplísimo de derechos fundamentales si no se tiene una estructura y un funcionamiento del Estado que garantice las posibilidades de realización de cada uno de los derechos fundamentales para su real disfrute. Es importante advertir que lo que se quiere significar no se resume a cuanto hay disponible económicamente para garantizar un derecho sino también a la aptitud de un derecho para ser considerado como un asunto fundamental a garantizarse.

Esta visión generó en la dinámica estructural del Estado el reconocimiento de una visión incrementalista o progresista sobre la efectividad de los derechos fundamentales, según la cual el tribunal constitucional ha moderado su nivel de actuación conforme al principio de cooperación armónica, reconociendo que en un Estado constitucional muchos de los derechos fundamentales no son absolutos y, que bajo esa visión, el Estado debe plantear en cada una de sus instituciones los medios para prestar cada vez más y mejores condiciones de efectivización de los derechos fundamentales. Al respecto sostiene lo siguiente González Tachiquín (2011):

Elementos centrales del incrementalismo dan la importancia que confieren al grado de consenso y a la magnitud de cambio requerido. Plantean que los grandes cambios provocan consensos menores y los cambios menores concitan, por el contrario, grandes consensos. El incrementalismo es un enfoque que estipula que las decisiones políticas en curso dependen, en gran medida, de las decisiones previas. Por definición, las políticas incrementales desalientan la controversia, recurriendo a la estrategia de desviarse en muy pequeña medida de la ruta trazada por los arreglos y prácticas anteriormente establecidas (p. 111).

Resulta interesante observar cómo se entienden las condiciones de exigencia, ya que para la garantía de los costos de los derechos fundamentales no se necesita realizar un análisis instrumental de números y operaciones aritméticas, sino que, con la racionalidad del Estado, se busca presupuestar qué asuntos han de ser defendidos con recursos estatales y cómo progresivamente se deben generar unas condiciones para su materialización.

Como se ha mostrado, la visión del activismo como un asunto que pueda ser calificado como positivo o negativo, da cuenta de una racionalización del funcionamiento del Estado, en tanto tiene como condición garantizar que se disponga un efecto armonizador del tribunal constitucional con las otras ramas del poder público, es decir, una mención articuladora

e integradora, que permita la práctica pública sana, conforme a las posibilidades del Estado (Roncancio et al., 2018).

Lo interesante de esta discusión no se basa en una valoración positiva o negativa de la actuación del tribunal constitucional, puesto que, en dicha consideración, lo que resulta relevante observar es que bajo los supuestos de la construcción de la idea de una Corte Constitucional activista, el debate de plano y de fondo da pie a la pregunta: ¿cómo se garantizan los derechos fundamentales que están consagrados en la Constitución? La cual pasa a una esfera de realización dimensionada como una potencialidad. Bajo la corrección normativista los derechos fundamentales son costos que no dependen de una condición del presente sino que indican una pregunta sobre la construcción de las condiciones del cómo, en la que la defensa de los derechos fundamentales involucra una decisión política del Estado por garantizar su actuación conforme a su proyecto político.

En estos términos, la construcción del desarrollo estructural de la economía social no se ampara en determinar cuánto dinero hay y si con el existente se pueden garantizar o no derechos fundamentales; la pregunta fundamental para el caso es qué se entiende por economía social de mercado, puesto que su construcción implica un reconocimiento que parte por definirla positivamente como una dimensión cualitativa del Estado social de derecho; frente a esto esclarece Resico (2009):

La Economía social de mercado se basa en la organización de mercados como mejor sistema de asignación de recursos, y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En los casos requeridos no se abstiene de compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar un sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo, y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia leal y eficaz (p. 3).

Es por ese motivo que el eje fundamental de análisis está direccionado entonces a establecer qué es un derecho fundamental y cómo el Estado dimensiona su realización. Lejos de las condiciones de análisis que se presupuestan en el plano meramente formal, la discusión plantea que si el Estado pretende sostener la condición de su cláusula social, debe dimensionar cuáles son las condiciones necesarias para su viabilidad.

Desde esta posición se puede afirmar que la esencia de la problemática no se limita a la tarea que históricamente ha emprendido la Corte Constitucional para defender y garantizar derechos fundamentales, puesto que si bien es claro que la Corte Constitucional tiene el deber de estar en defensa constante de los mismos, esta situación evidencia la paquidérmica posición de las otras ramas del poder público para entender su dinámica constitucional.

Se resalta y valora la tarea histórica en materia de protección de derechos fundamentales hecha por el tribunal, pero se recuerda que la labor irrestricta de hacer efectiva la cláusula social del Estado pende de forma directa de la responsabilidad y la identidad que tienen las ramas del poder público, pues en el ejercicio de sus funciones cada una es corresponsable de la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

4.4. Conclusiones

A partir de las consideraciones expuestas resulta claro que la primera tesis a desechar es aquella que supone la limitación de los recursos como la condición estructural del problema. La Constitución puede, de una forma equitativa, proyectar el cumplimiento de su dimensión económica y su dimensión social. No obstante, hay factores políticos que solo permiten soluciones en sentencias o acciones de gobierno individualizadas que, al paso del tiempo, pueden ser cambiadas como coyunturas de la agenda política nacional, por el mismo tribunal, o por una administración diferente, de lo cual se sigue un cumplimiento insuficiente y por tanto falaz.

Desde esta disposición, frente a la revisión estructural del sistema normativo, la orientación de las condiciones legales y políticas dan cuenta de que, en el espectro del ordenamiento jurídico, se privilegia la dimensión económica de la Constitución. En dicha racionalidad de las construcciones operativas de las normas jurídicas se evidencia que, en la mayoría de ocasiones, el Estado adopta la visión neoliberal como la idónea para establecer las condiciones del contrato frente a la concesión de los derechos. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la protección de los derechos fundamentales se realiza en términos cualitativos (Roncancio Bedoya et al., 2019).

Un presupuesto que nos permite evidenciar dicha racionalidad parte del CONPES 1395 de 2002, por medio del cual se reestructura el funcionamiento del Estado. Dicha disposición propone establecer un Estado mínimo, poco interventor y corporativo que asimile las dinámicas propias del libre mercado dentro de la función pública. El CONPES permite rastrear funcionalmente la naturaleza del derecho fundamental cuando sea inmediata por la concepción de costo, y pasa a ser racionalizada a efecto de ser trasformada como un servicio público.

Dichas distinciones entre las categorías conceptuales deben advertir que epistemológicamente existe una diferencia estructural entre un derecho fundamental y un servicio público, puesto que bajo la dimensión de la existencia de la acción de gobierno se genera un punto de responsabilidad diferencial frente a la garantía; en el primero, siendo el responsable de su materialización, y en el segundo, simplemente ejerciendo como mediador y gestor de su consecución.

Esta tesis se puede sostener en la construcción del desarrollo del artículo 48 superior, en el que tradicionalmente se ha equiparado la idea de servicio público y derecho fundamental, en cuanto la construcción de seguridad social se estima como posibilidad con una intervención estatal. No obstante, al analizar esta tesis bajo las dimensiones de economización se observa una transformación legislativa para desnaturalizar la responsabilidad del Estado, que apuesta a disminuir cargas para convertirlas en una actividad económica con regulación estatal. Así, a partir de la construcción del Acto Legislativo 01 de 2005 se estructura una posición que se sostiene con la Ley 717 de 2001, Ley 919 de 2004, Ley 1438 de 2011, Ley 1443 de 2011, Ley 480 de 1998, Ley 633 de 2000, que desnaturalizan procedimentalmente el derecho a una actividad meramente prestacional y a una regulación estatal.

Frente a estas condiciones, una defensa de la cláusula social de derecho pone en el plano político a dos actores fundamentales: tanto a la economía como al Estado en sus relaciones. Es necesario enfatizar en que en la estructura del Estado todos son actores de la dinámica social. Al respecto, la definición ordoliberal del Estado implica una dinámica de participación y corresponsabilidad, con la exigencia de un margen de contribución impositiva alto, una intervención alta y la construcción política del Estado alrededor de la idea del capital social. En resumen, impuestos altos para todos los actores, fortalecimiento democrático, rendición de los procesos electorales y control efectivo sobre la gestión de los recursos.

Si se estimara un valor de sostenibilidad de los derechos fundamentales, se determinarían las dimensiones cualitativas del Estado social de derecho y se conformarían los criterios propios de intervención inherentes al sistema estatal con un posicionamiento franco frente a lo que se define como derecho fundamental, tal como lo propone Urueta Rojas (2004). Esto implica la necesidad de puntos de conciliación entre las disposiciones de la economía y el derecho como propuestas de acuerdo y deliberación que consoliden métodos de articulación y armonización. En este sentido, las fórmulas de diálogo que se concreten entre la función de legislador negativa y positiva pueden orientar bien las dinámicas de transformación y cumplimiento en materia de derechos fundamentales, con lo que la justiciabilidad no se propugne a través de expresas órdenes y plazos, sino que surja como un presupuesto de orientación social de la función del Estado.

Así, partiendo de esta orientación el problema no está en determinar si en efecto existen los recursos, sino en estimar que el Estado debe posicionar su eje de acción precisamente sobre las condiciones de intervención. Ese margen de intervención estima entonces que la sostenibilidad de la cláusula social no depende directamente de la economía sino de la racionalización de su construcción teórica.

Esta dinamización estatal implica no solo declaraciones políticas sino además, a través del fortalecimiento institucional, la construcción de tres pilares fundamentales sobre los cuales se orienta la cuestión de los derechos fundamentales con la siguiente ruta metodológica.

En un primer momento, una exigencia manifiesta sobre la realización de la cláusula social del Estado está ligada de una forma innegable a la ciudadanía. En ese presupuesto la modulación de la intervención implica el reconocimiento directo y material del papel activo que existe en la relación Estado-ciudadanía frente a los derechos fundamentales. Bajo esta prescripción se construye una dicotomía de derecho-responsabilidad que implica que todo ciudadano que se reconozca en la visión social del Estado es un sujeto activo de la participación y dirección política del Estado. Esto implica el reconocimiento activo de su papel político, su compromiso tributario conforme a las posibilidades de contribución y el control político que hace sobre sus instituciones. De esta forma, con este fortalecimiento, el proceso democrático se sostiene y determina alrededor de instituciones políticamente más fuertes.

En segundo lugar, una cuestión a abordar frente a esta construcción implica reconocer de forma directa qué se estima como derecho fundamental desde la institucionalidad y qué se estima como servicio público, siendo necesario establecer que esta diferenciación se convierte en un presupuesto fundamental para establecer la racionalidad con la cual se efectúa la acción gubernamental, pues no es dable en un Estado constitucional en el que se asimile el servicio público al servicio aéreo, al mismo nivel que la seguridad social.

Finalmente, la confección de la estructura del Estado debe ser fortalecida a través de la construcción articular de las condiciones del sistema de pesos y contrapesos. No es idóneo que un Estado constitucional, que se adjetiva con la cláusula social, tenga órganos del poder público extralimitando sus funciones frente a las otras ramas del poder público, puesto que las decisiones cuando sobrepasan las limitaciones confeccionadas en la estructura del Estado se dan en un plano político que irrumpe con las posibilidades reales de eficiencia de la acción estatal. No debe aceptarse que un juez asuma las funciones de administrador público y tampoco que un gerente público administre justicia; las dimensiones positivas consagradas constitucionalmente dan cuenta de la exigencia de armonía continua existente entre las autoridades del Estado, condición necesaria para el fortalecimiento y efectividad de sus funciones.

4.5. Referencias

- Böhmler, A. A. (1998). *El ideal cultural del liberalismo: la filosofía política del ordo-liberalismo*. Unión Editorial.
- Bonfeld, W. (2012). Freedom and the strong state: on German ordoliberalism. *New Political Economy*, 17(5), 633-656. <https://doi.org/10.1080/13563467.2012.656082>

- Butler, E. y Hartwell, R. M. (2012). *A short History of the Mont Pelerin Society*. Mont Pelerin Society.
- Colombia. Congreso de la República. (2011, 1 de julio). Acto Legislativo 03. *Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal*. Diario Oficial 48.117
- Colombia. Corte Constitucional. (1992, 5 de junio). *Sentencia T-406* (Ciro Angarita Barón, M. P.).
- Díaz Londoño, J. (2009). Estado social de derecho y neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del siglo xx. *Revista Antropología social, Universidad de Caldas* (11), 205-228. http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/Virajes11_8.pdf
- Duggan, L. (2012). *The twilight of equality? Neoliberalism, cultural politics, and the attack on democracy*. Beacon Press.
- Ghersi, E. (2004). El mito del neoliberalismo. *Estudios públicos*, (95), 293-313. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304093416/r95_ghersi_neoliberalismo.pdf
- González Tachiquín, M. (2011). El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina. *Quid iuris* 1(2), 99-118. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17299/15508>
- Delgado Gutiérrez, A. (2002). *Las políticas sociales en la perspectiva de los derechos y la justicia*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL. Reunión de Expertos: “El impacto de la reforma de pensiones en Colombia sobre la equidad de género”, Bogotá, 31 de octubre y 1 de noviembre de 2002.
- Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica: curso del Collège de France (1978-1979)* (Vol. 283). Ediciones Akal.
- Friedman, M. (1957). Introduction to “A Theory of the Consumption Function”. En *A Theory of the Consumption Function* (pp. 1-6). Princeton University Press.
- Friedman, M. (2009). *Capitalism and freedom*. University of Chicago press.
- Hartwell, R. M. (1995). *A history of the Mont Pelerin Society*. Liberty Fund Inc.
- Harvey, D. (2007). *A brief history of neoliberalism*. Oxford University Press.
- Kriele, M. y Bulygin, E. (1980). *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Depalma.
- López Bajo, L. P. (2017). *Límites constitucionales, activismo judicial e incidencia de las organizaciones civiles: las controvertidas decisiones de la corte constitucional colombiana sobre derechos humanos* (tesis de maestría, FLACSO Ecuador). Repositorio Institucional FLACSO Andés. <http://hdl.handle.net/10469/12789>
- Molina Betancur, C. M. (2010). La Corte Constitucional, autoridad económica. En C. M. Molina Betancur (ed.) *Corte Constitucional y economía* (pp. 15-44). Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Moreno Mosquera, V. J., Roncancio Bedoya, A. F., Restrepo Yepes, J. D. y Carvajal Casas, S. (2016). Línea jurisprudencial constitucional sobre el cambio de modelo jurídico-político familiar en Colombia (1996-2016). En R. A. Betancur Durango, J. D. Restrepo Yepes y V. J. Moreno Mosquera (eds.),

- Auditorio Constitucional. Discusión y reflexión sobre algunos temas de investigación jurídica* (pp. 125-193). Fondo Editorial IUE.
- Nieto Rodríguez, M. A. y López Cárdenas, C. M. (2018). La pobreza y su tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (1991-2015). *Estudios constitucionales*, 16(1), 327-364. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000100327>
- Noejovich, H. O. (2012). Ordoliberalismo: ¿alternativa al “neoliberalismo”? *Economía*, 34(67), 203-211. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/view/2679>
- Palacios Mejía, H. (2001). El control constitucional en el trópico. *Precedente. Revista Jurídica*, 3-19. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1378>
- Ptak, R. (2009). Neoliberalism in Germany: revisiting the ordoliberal foundations of the social market economy. En P. Mirowsky y D. Plehwe (eds.), *The road from Mont Pèlerin: The making of the neoliberal thought collective* (pp. 98-138). Harvard University Press.
- Rawls, J. (2011). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Resico, M. F. (2009). Economía Social de Mercado: una opción económica para Latinoamérica. En T. Egenhoff (ed.), *Serie Economía Social de Mercado (3)*. Fundación Konrad Adenauer.
- Restrepo Tamayo, J. F. (2018). *Estructura constitucional del Estado colombiano*. Universidad de Medellín.
- Restrepo Tamayo, J. F. y Castaño Zapata, D (2019). Ciro Angarita Barón y el nuevo orden constitucional en Colombia. *Direitos Fundamentais & Democracia*, 24(1), 26-46. <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1316/568>
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1316/568>
- Roncancio, H. y Roncancio, A. (2014). Acción de inconstitucionalidad: de la supremacía de la constitución. En P. A. Garcés Vásquez (ed.), *Acciones constitucionales: una aproximación a la eficacia y efectividad de los derechos* (pp. 131-172). Fondo Editorial IUE.
- Roncancio B., A. F. (2013). Más allá de la justiciabilidad de los derechos sociales: neoliberalismo y gobierno en Colombia. *Nuevo Derecho*, 9(13), 79-88.
- Roncancio, A. F., Hurtado, D. y Vargas, D. (2018). Servicios públicos y justiciabilidad como garantía de los derechos sociales en Colombia. En *Reflexiones sobre la constitución mexicana a partir de controversias relevantes en materia de derechos humanos* (pp. 205-250). Editorial Universidad Autónoma de Baja California-Universidad Autónoma de Yucatan- Editorial Res Pública.
- Roncancio Bedoya, A. F., Hoyos Garcés, J. F., Hoyos Cardona, D. A. y Álvarez, S. (2019). El concepto de tipicidad en materia disciplinaria en Colombia: función disciplinaria como medio de buen gobierno. En A. F. Roncancio Bedoya, J. F. Restrepo Tamayo y M. Neria Govea (comps.), *Justicia y Derechos. Relaciones entre derechos fundamentales y la estructura del Estado en América Latina* (pp. 156-170). Fondo Editorial IUE.
- Rúa Castaño, J. R. (2017). *Discordancias de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana con la constitución política. Clases, consecuencias, correctivos. Límites a la interpretación constitucional* [tesis de doctorado, Universidad de Medellín]. Repositorio Institucional UdeM. <http://hdl.handle.net/11407/3511>

- Soto Díaz, J. y Herrera Gutiérrez, M. E. (2015). Judicialización constitucional de la política pública penitenciaria en Colombia. *Revista Jurídica Piélagus*, 14(1), 197-214. <https://doi.org/10.25054/16576799.683>
- Streit, M. E. y Wohlgemuth, M. (2000). The Market Economy and the State Hayekian and Ordoliberal Conceptions. En P. Kolsowsky (ed.), *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition* (pp. 224-271). Springer.
- Urueta Rojas, J. M. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado social de derecho en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2) 326-350. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/297>
- Villegas de Osorio, S. (2010). La autorregulación en los mercados financieros un mecanismo efectivo de descongestión judicial. En C. M. Molina Betancur (ed.) *Corte Constitucional y economía* (pp.125-146). Sello Editorial Universidad de Medellín.

5. Naturaleza, estructura y condiciones de los derechos fundamentales²⁹

John Fernando Restrepo Tamayo

5.1. Introducción

El objetivo general del presente trabajo es presentar el resultado de una investigación en la que se propone discutir con la tradición jurídica el origen, la naturaleza y el fundamento de los derechos fundamentales; con el ánimo de presentar una teoría positivista y constitucionalizada de los derechos fundamentales. A partir de esta definición de derechos fundamentales será posible indagar por los presupuestos estructurales de cada derecho fundamental. La pregunta por los derechos fundamentales es definitiva para entender el alcance del quehacer al interior de un Estado constitucional (Zagribelsky, 1999). Los derechos fundamentales han sido objeto de análisis por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. Sumado a ello, existe un interés de apropiación del contenido de tales derechos por parte de la sociedad. Este trabajo, que se propone escindir el lenguaje de los derechos fundamentales del iusnaturalismo y de los derechos humanos, tiene su principal base teórica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ofrecer una evidencia fáctica y jurídica de tres aspectos estructurales de los derechos fundamentales: (i) su origen en el orden jurídico; (ii) los elementos que definen la esencia a través de los cuales se diferencia un derecho de otro y (iii) los principios sobre los cuales se asienta cada derecho fundamental.

Para lograr tal pretensión se partirá de un método deductivo de carácter inferencial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de tal manera que resulte posible responder las siguientes preguntas: ¿qué diferencia hay entre el lenguaje de los derechos humanos y el de los derechos fundamentales? ¿Cuándo nace a la vida jurídica un derecho fundamental? ¿Cuáles son los atributos estructurales de los derechos fundamentales?

²⁹ Este capítulo es una ampliación de la teoría de derechos fundamentales desarrollada en el libro: *Estructura constitucional del Estado colombiano* (Restrepo Tamayo, 2018), cuyo ponente es el autor. Recoge las ideas básicas de la ponencia académica presentada en la Escuela de Verano de Teoría constitucional que se llevó a cabo en la Institución Universitaria de Envigado el día 28 de junio de 2018. Además, la redacción de este capítulo es resultado del trabajo académico que se adelanta en la línea de Estado, Democracia y Constitución del grupo de investigación en Conflicto y Paz de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

Hablar de derechos fundamentales significa una continuación y una ruptura frente al lenguaje de los derechos humanos (Pogge, 2002, p. 78). Significa una continuación porque al hablar de derechos fundamentales seguimos hablando, por regla general, de la evolución de los derechos humanos; es decir, preceptos básicos de un orden moral superior que posibilitan una vida buena, tanto en la esfera íntima como en la social. Los derechos fundamentales recogen condiciones de representación básica sobre los atributos esenciales, básicos y mínimos para que los asociados tengan mejores condiciones morales y materiales de existencia, representación y protección. En su sentido liberal, los derechos humanos son concebidos como libertades negativas (Bobbio, 2000, p. 97), entendidos como límites de protección del individuo frente a la potencial intromisión de un Estado revestido de la totalidad de la fuerza, que puede pasar de largo, de forma legítima o autoritaria, sobre esferas básicas de libertad y de autonomía de cada asociado.

Al hablar de derechos fundamentales se supera la esfera de comprensión de los derechos humanos, tanto por condiciones de existencia como por su titularidad (Müller, 2016, p. 29). Con respecto a la existencia de un derecho fundamental, este texto se propone mostrar que solo tiene lugar en la medida en que haya una declaración normativa que lo disponga; de lo contrario, frente a la ausencia de norma solo será posible advertir una exigencia moral o una movilidad pública. Esto significa que los derechos fundamentales no tienen su origen en la naturaleza ni en la razón universal sino en el espectro normativo (Pérez Luño, 2007, p. 56). Las tesis de Cicerón, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Hobbes, Locke y Rousseau sobre la existencia de unos derechos, connaturales al ser humano y preestatales solo cabe en el lenguaje de los derechos humanos, pero no en el de los derechos fundamentales.

Con respecto a la titularidad de los derechos fundamentales, habremos de señalar que su radio de acción es mucho más amplio que el de los derechos humanos, por cuanto el titular de los derechos humanos solo puede ser un sujeto de la especie humana. Por el contrario, debido a la extensión normativa, la jurisprudencia ha dado una concesión novísima para el orden jurídico colombiano, al conferir en favor de un ser vivo no humano (río Atrato, río Amazonas, río Cauca) la titularidad de un derecho fundamental; titularidad de la que se derivan una serie de exigencias y de conductas tanto de particulares como de autoridades públicas tendientes a asegurar su supervivencia y la protección de todos los derechos básicos de las personas y los agentes biodiversos.

Los derechos humanos tienen vocación de universalidad. Boaventura de Sousa Santos es enfático en afirmar que los “derechos humanos son el lenguaje hegemónico de la dignidad humana” (de Sousa Santos, 2014, p. 23). Se presumen y se adoptan como inherentes a todos los seres humanos, más allá de su origen étnico, nacionalidad, régimen político o posición socioeconómica. En cambio, los derechos fundamentales, en su enunciación y contenido,

están circunscritos a cada régimen constitucional que empezó a edificarse después de la Segunda Guerra Mundial de una manera decidida en la conversa Alemania (1949), donde se instaló una nueva serie de categorías y de instituciones que dio lugar a la revisión del Estado, de la política y del derecho: (i) Estado social y democrático de derecho; (ii) declaración de derechos fundamentales; (iii) valor normativo superior de la constitución y, (iv) jurisdicción constitucional a través de la cual se ha liderado una corrección tanto a la democracia como al liberalismo (Hesse y Häberle, 2011, pp. 63-121).

Democracia y liberalismo corregidos son el sino a través del cual el lenguaje de los derechos fundamentales ha insertado en la voz del máximo intérprete constitucional la existencia de unos límites que recaen sobre las mayorías a la hora de expresar su voluntad, con el objeto de no poner en riesgo el núcleo esencial de los derechos adquiridos y básicos de los grupos minoritarios (Rawls, 2004, p. 35). Es una transición de la democracia que se ha propuesto impedir la repetición de sus probopios estragos cuando la mayoría, en nombre de un interés supremo y absoluto, cooptó la totalidad de los canales oficiales para convertir sus intereses en ley (Kelsen, 2002, p. 134). De igual manera, esa voz ha exigido de los actores públicos una intervención en la economía, con el ánimo de adoptar políticas públicas de asistencia y de solidaridad en asuntos de prestación de servicios públicos, en favor de las personas más vulnerables, que conduzcan a una erradicación sistemática de la brecha de inequidad (Vila Casado, 2007 y 2005) que el liberalismo clásico, pregonado por Adam Smith con su metáfora de la *mano invisible del mercado*, resultó incapaz de revertir (1979, p. 127).

5.2. ¿Qué es un derecho fundamental?

Es una concesión normativa, derivada de una declaración convencional, constitucional, legal, judicial o administrativa, a través de la cual se le confiere a un sujeto una condición material o moral que le asegure dignidad, supervivencia o autodeterminación. A partir de esta definición nos ocuparemos de explicar en qué consiste cada uno de los elementos que estructuran su naturaleza y su contenido.

5.2.1. Es una concesión normativa

Esta definición de derechos fundamentales está inserta en el ala expresa del positivismo. Un derecho fundamental no es preexistente al orden jurídico como sucede en una cosmovisión iusnaturalista de los derechos, para la que existen con anterioridad al orden político estatal y su deber de cuidado es superior al deber de obediencia al soberano (Blanco Valdés, 2010, p. 89).

La existencia de los derechos humanos tiene origen en el supuesto de que son dados por el orden natural y existen con total independencia al orden normativo (Quinche Ra-

mírez, 2009, p. 127). No requieren de una norma positiva que declare su existencia porque son pre-políticos. Su protección efectiva condiciona la esfera de validez y de legitimidad del orden político, el cual solo podrá ser tenido como justo en tanto se asegure de protegerlos. Esta es la dirección filosófica que orienta las palabras de los burgueses en la edificación de su principal himno político: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos (Asamblea Nacional Constituyente de Francia, 1789).

En una dirección claramente diferenciada del iusnaturalismo, se tiene que la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales está condicionada a que una norma así lo declare, y solo a partir de tal declaración resulta posible que el titular del derecho fundamental pueda adelantar ante la autoridad pública o los particulares la respectiva limitación o garantía (Schmitt, 2011, p. 217). Veamos algunos ejemplos:

a. Las parejas heterosexuales solo pudieron contraer matrimonio en Colombia, por fuera del culto católico, en virtud de la protección de los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad religiosa e igualdad de religiones ante la ley que prohijó la Ley 25 de 1992.

b. Las parejas del mismo sexo en Colombia solo pudieron acceder al reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de su convivencia exclusiva, singular y permanente, en virtud del rechazo que le hizo la Corte Constitucional al Congreso, mediante la Sentencia C-075 de 2007, a su letargo sistemático para atender una solicitud de paridad entre los derechos de las parejas heterosexuales y las homoafectivas. Consideró la Corte Constitucional que los múltiples inicios legislativos que fueron archivándose lenta y sistemáticamente para atender a las exigencias demandadas en favor de parejas del mismo sexo atentaban de manera flagrante contra el derecho a la igualdad, a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. De tal manera que la Corte Constitucional, en tanto guardián de la carta, entró a subsanar dicha afectación de derechos mediante el condicionamiento interpretativo de una disposición legal que anulara la diferencia entre un tipo de pareja y otro.

c. El artículo 113 de nuestro Código Civil declara al matrimonio como el contrato solemne que celebra un hombre y una mujer. Con la vigencia de esta norma y la poca voluntad política del legislador para modificarlo, se tiene que en Colombia no hay lugar al matrimonio igualitario. No lo hay porque una norma no lo permite. La igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación son derechos que, en este caso concreto, se restringen al tenor de la voluntad normativa. Es por eso que solo a través de la Sentencia SU-214 de 2016 la Corte Constitucional concede normativamente el derecho al matrimonio igualitario, en virtud de una facultad por la cual interpreta que la voluntad del constituyente, al referirse al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer de manera explícita, no debe interpretarse como una negativa a la posibilidad de que haya personas con diferente preferencia sexual que ejerciten esta expresión de libertad y de autodeterminación. Solo a partir de esta concesión normativa tuvo lugar el matrimonio igualitario en Colombia; antes no se hablaba de matrimonio sino de unión marital de hecho o sociedades de hecho.

d. ¿Por qué se permitía que una persona portara la dosis personal sin restricción alguna dentro del orden jurídico? Porque hubo una concesión normativa, contenida en la Sentencia C-221 de 1994 que, inspirada en el ideario libertario de la autodeterminación individual de cada sujeto, definió que lo más coherente con la naturaleza del Estado social de derecho consistía en permitir que fuera cada sujeto, y no el Estado, quien definiera qué era lo bueno y qué era lo malo como criterio básico de desarrollo individual. Bajo esta premisa libertaria de comprensión del Estado social de derecho se declaró que la dosis personal, exenta de restricción penal, era una suma equivalente a 22 gramos de marihuana y 5 gramos de cocaína como pasaporte individual de uso recreativo. Sin embargo, hace unos días el Gobierno de Colombia profirió una nueva norma (Decreto 1844 de 2018) en la que se restringe el uso recreativo de estupefacientes, autorizando a la fuerza pública para incautar esos gramos que antes se tenían como límite al uso invasivo de la fuerza estatal. ¿Esta medida significa la sustitución del Estado liberal por el despotismo? De ninguna manera. Significa que, en el marco del Estado social de derecho, las interpretaciones son múltiples y dinámicas. Sumado a esto, debe aclararse que el abanico de los derechos fundamentales se extiende o se encoge según cierta esfera de aplicación del poder público. Y puede ocurrir que aquello que significa libertad en el presente, sea para una futura administración indebido libertinaje.

La respuesta a cada una de las preguntas anteriores, y a todas las demás que puedan tener lugar en esta dirección, contiene el factor común de estar supeditada a una disposición normativa que exige de una institución, o de una persona, que se conceda un atributo moral o material, a través del cual un sujeto determinado asegura para sí, la dignidad, la supervivencia o la autodeterminación.

5.2.2. Tal concesión tiene lugar en una expresión convencional, constitucional, legal, judicial o administrativa

Un derecho fundamental nace a la vida social en tanto haya una disposición normativa que así lo señale. La dignidad, la igualdad ante la ley, la libertad personal, la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de opinión, la libertad de reunión, la libertad de asociación, la libertad de residencia, la libertad para escoger profesión u oficio, la inviolabilidad del domicilio, el debido proceso, el derecho a la propiedad, el derecho de asilo y el derecho de petición son exigencias definidas como derechos básicos, de prohibición o de asistencia, que han copado toda lista de derechos desde que los burgueses empezaron a confeccionar el andamiaje constitucional de erigir un texto políticamente solemne en el que se fijan unas condiciones mínimas de protección del sujeto, para que su independencia y autonomía resulten debidamente protegidas. Es el mismo catálogo. La misma esfera de condiciones en favor de los sujetos. Llamados derechos humanos, ciudadanos o civiles que, al nominarse como derechos fundamentales, adquieren un sentido no solo político sino también jurídico que ha de permear todo el funcionamiento del poder público en virtud de su deber de cuidado.

El punto de partida de esta nominación se tiene en la Ley Fundamental de Bonn, promulgada el 23 de mayo de 1949 en Alemania (Fioravanti, 2007, p. 160). Se cierra con ella la cuadratura del círculo. Alemania da fin a la tragedia (Levi, 2015, p. 216) y siembra la esperanza (Sloterdijk, 2018, p. 186). Instala una ruta de comprensión del derecho en la que incorpora preceptos del constitucionalismo estadounidense (valor normativo primero de la constitución frente a las demás normas), inglés (derechos básicos entendidos como límites en favor del asociado frente a un poder omnímodo de la autoridad pública), austríaco (instalación de la jurisdicción constitucional) e italiano (declaración de los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho). Y se erige como gestora de una forma de entender la constitución y sus variables internas: principios, valores y derechos fundamentales empiezan a concebirse como preceptos rectores, de naturaleza jurídica primera, a través de los cuales se habrá de condicionar y valorar todo el radio de acción de las diferentes ramas del poder público.

Así reza el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn:

La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable (República Federal de Alemania, 1949).

Revestir a un derecho de la categoría de fundamental es conferirle un espectro de protección y de relevancia mayor (Naranjo Meza, 2006, p. 524). Es declarar la existencia de un atributo que opera como límite o como garantía a través del cual las entidades públicas y los particulares entienden que opera un deber de dar, hacer o de no hacer. Límite o garantía que solo tiene ocasión según provenga de una autoridad competente para que el derecho fundamental exista y se haga exigible.

Esta autoridad es la expresión más genuina de la voluntad popular. El escenario por excelencia de nominación, protección y realización de los derechos fundamentales es la democracia (Ferrajoli, 2014, p. 17). Es el pueblo quien, por sí mismo o sus representantes, define la existencia y el alcance de los derechos fundamentales. El pueblo se expresa de manera directa cuando está recogido en la Asamblea Nacional Constituyente, máxima expresión del poder constituyente primario (Londoño, 2015, p. 76). Allí se tiene que los derechos fundamentales se plasman explícitamente en la constitución. Les ofrece una carga semántica, simbólica, política y jurídica que los diferencia sustancialmente de los derechos humanos, civiles o políticos, y exige que su extinción no tenga lugar durante los estados de excepción. Los carga funcionalmente de diferentes medidas de protección, les ancla un medio especial de reforma o reglamentación legal y los posiciona como criterio básico de legitimidad del orden político según se asegure su debida observación. Así lo dispone la Constitución alemana de 1949, entre el artículo 1 y el artículo 19. La Constitución española de 1978, entre el artículo 10 y el artículo 38. La Constitución colombiana de 1991, entre el artículo 11 y el 41. La Constitución peruana de 1993, entre el artículo 1 y el artículo 3.

De igual manera puede ocurrir que el pueblo, a la hora de definir qué derechos fundamentales quiere darse a sí mismo, se exprese por medio de sus representantes en el foro parlamentario, en sede judicial o a través del Gobierno. Es el pueblo expresado en calidad de poder constituyente derivado. Tal concesión normativa puede tener lugar en la decisión del tribunal constitucional, bien sea porque revisa el culmen de un proceso de tutela o porque resuelve una acción pública de constitucionalidad (Mendieta González, 2010); también puede hallarse tal concesión normativa en la expresión política del legislador que se plasma en un código o en los decretos del Gobierno. Jueces, congresistas y miembros del ejecutivo definen el alcance y el contenido de los derechos fundamentales en nombre del pueblo porque en él fundan su poder, donde reposa el origen de la soberanía. Cuando dichas instituciones dan lugar a la creación de los derechos fundamentales, el pueblo es el que de forma directa o indirecta traza el horizonte y el contenido de lo quiere para sí mismo en el marco más amplio y pleno de un régimen democrático.

5.2.3. Tal concesión se hace en favor de un sujeto

Dado que suele confundirse a los derechos humanos con los derechos fundamentales, es común creer que la titularidad de los derechos fundamentales recae exclusivamente en los seres humanos y que estos existen por su sola condición humana, pero no es así. Si bien derechos humanos y derechos fundamentales tienen un altísimo grado de conexidad, pues todos los derechos humanos pueden llegar a declararse derechos fundamentales, no todos los derechos fundamentales son derechos humanos. El único titular legítimo y posible de los derechos humanos es alguien de la especie humana. El único titular, legítimo y posible de los derechos políticos es alguien de la especie humana que requiere habilitarse para ejercer la ciudadanía. La titularidad legítima y posible de los derechos civiles está condicionada por el parentesco o la nacionalidad que defina determinado régimen estatal.

Los derechos fundamentales van mucho más allá de la condición de persona, de nacional y de ciudadano. Se incorporan dentro de la esfera de protección de los seres vivos. El ser humano cobra un papel protagónico, pero no exclusivo y menos excluyente. Se incorpora un deber no solo moral sino jurídico y fáctico de no maltratar a los animales, de atender al cuidado y conservación del agua, del aire y del ecosistema. La naturaleza antropocéntrica de los derechos humanos ha sido corregida mediante el lenguaje de los derechos fundamentales para abrir un espectro de protección más amplio en favor de todas las personas y de los demás seres vivos.

Así lo estableció la Corte Constitucional al declarar al río Atrato y su afluente titular de los derechos fundamentales a la protección y a la conservación (Sentencia T-622, 2016b); de igual manera ocurrió en la Corte Suprema de Justicia al reconocer que los animales son sujetos de derechos fundamentales, presupuesto teórico básico, para admitir y resolver favorablemente una acción de *habeas corpus* en favor de un oso con anteojos (Sentencia Exp. AHC 4806-2017, 2017).

5.2.4. Tal concesión se hace para asegurarle al sujeto dignidad, supervivencia o autodeterminación

Aquí se instala el fundamento de un derecho fundamental. Su naturaleza no es otra sino asegurar la protección de tres principios decisivos en favor del sujeto: dignidad, supervivencia y autodeterminación. Principios que subyacen a su naturaleza. Son su fundamento y su esencia. No existe un solo derecho fundamental al margen de alguno de estos tres principios. Son tan decisivos y estructurales que puede haber un derecho fundamental soportado solo en uno de ellos. Cada uno de estos principios opera como una condición nuclear para entender la naturaleza de un derecho fundamental, por cuanto determinan la condición básica de

existencia del sujeto (supervivencia); exigen proveer condiciones materiales e inmateriales para que la condición de existencia trascienda de lo estrictamente biológico y pueda desarrollar una esfera razonable de libertad y autonomía (dignidad), y definen la facultad que tiene el sujeto de ejercer un gobierno sobre sí mismo en un régimen exclusivamente democrático, según su saber y entender (autodeterminación).

Según el caso, la concesión normativa oscila entre lo moral y material, entre la intervención estatal o la no interferencia de terceros. Toda discusión sobre la exigencia de un derecho, para que adquiriera la categoría de *fundamental*, está tranzada por la exigente evidencia de que alguna de estas tres condiciones, o las tres, esté en juego. En la tabla 5.1 vemos algunos ejemplos:

Tabla 5.1 Condiciones

Derecho fundamental	Dignidad	Supervivencia	Autodeterminación
Vida	X	X	X
Igualdad ante la ley	X		X
Debido proceso	X		X
Libre desarrollo de la personalidad	X		X
Libertad religiosa	X		X
Libertad de expresión	X		X
Trabajo	X	X	X
Educación	X	X	X
Salud	X	X	X
Estar informado			X
Hábeas corpus	X		X
Agua	X	X	
Mínimo vital	X	X	X
Elegir y ser elegido	X		X

5.3. Características básicas de los derechos fundamentales

Ahora nos proponemos explicar cuáles son las principales características que se corresponden con esta propuesta teórica y metodológica de derechos fundamentales:

5.3.1. Ningún derecho fundamental es absoluto

Todo derecho fundamental es susceptible de ser limitado sin que se anule su núcleo esencial (Sentencia T-756, 2008a). La libertad de locomoción es un derecho fundamental, pero puede la autoridad pública declarar el toque de queda. El libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental, pero puede la autoridad pública declarar la ley seca *ad portas* de una jornada electoral. La libertad de locomoción, la propiedad privada y el trabajo son derechos fundamentales, pero puede la autoridad pública, en atención a la salvaguarda del medio ambiente, instalar la restricción del uso de vehículos automotores mediante la instalación del pico y placa. La vida es un derecho fundamental, pero existen *causales razonables y constitucionales* para interrumpir un proceso de gestación (Sentencia C-355, 2006). El trabajo es un derecho fundamental, pero existen causales objetivas para dar lugar, con justa causa, a la terminación unilateral de un contrato de trabajo. La educación es un derecho fundamental, pero puede la universidad pública, con base en la calificación de un examen de admisión, según competencias académicas, permitir el acceso solo a unos pocos. La libertad es un derecho fundamental, pero un sujeto puede ser condenado a una pena privativa de la libertad por más de cincuenta años.

Toda actuación pública o privada que se dirija a afectar un derecho fundamental debe asegurar la más estricta y fiel sujeción al debido proceso (Ferrajoli, 1995). El debido proceso es el pasaporte de la legalidad para que la afectación del derecho fundamental supere el filtro de razonabilidad. Los principios rectores del derecho fundamental, vigilados de manera celosa, rigen como línea meridiana a través de la cual se marca la diferencia entre una restricción necesaria, posible y legítima a un determinado derecho fundamental y un acto arbitrario propio de quien extralimita sus funciones con ocasión de la tenencia del poder.

5.3.2. No existe una lista inacabada de derechos fundamentales

Dado que los derechos fundamentales son concesiones normativas que tienen por objeto asegurar la supervivencia, la dignidad o la autodeterminación de los sujetos, es posible afirmar que la lista de derechos es inacabada. Los derechos fundamentales tienen su origen en necesidades vitales muy concretas a través de las cuales un individuo o un grupo determinado puede llegar hasta la sede de la autoridad competente para dinamizar el proceso petitorio que dé lugar a su concesión.

Cada día, de conformidad con el dinamismo judicial y las demandas sociales, se erigen nuevos derechos o se desplazan de una categoría a otra con sus consecuentes medidas de protección. La dinámica propia de los actores sociales en el marco del Estado social de derecho es propender por la ampliación de esta carta de derechos. Una sociedad que se

empodere de sus derechos, que los exija y los respete contiene los ideales de la democracia constitucional, porque los derechos fundamentales, como ya se ha señalado, no les son externos, ni ajenos; les son propios. Reflejan y describen la noción de sociedad que el pueblo se da a sí mismo sobre los anhelos de justicia, de equidad, de participación, de representación y de libertad.

Al promulgarse la Constitución colombiana en 1991, el título 2 estaba integrado por cuatro capítulos. El capítulo 1 se ocupó de describir, entre los artículos 11 a 41, el enunciado general o el contenido de los derechos fundamentales; el capítulo 2 se ocupó de describir, entre los artículos 42 a 77, el enunciado general o el contenido de los derechos sociales, económicos y culturales; el capítulo 3 se ocupó de describir, entre los artículos 78 a 82, el enunciado general o el contenido de los derechos colectivos y del ambiente; y el capítulo 4 estableció, entre los artículos 83 a 88, las condiciones de protección y de aplicación de toda la lista anterior de derechos. Con esta estructura, nuestra manera clásica de concebir el derecho, según el formalismo positivista, trazó las condiciones generales de interpretación constitucional y de aplicación de este título en los siguientes términos, entendidos como voluntad suprema, expresa e inequívoca del constituyente.

Para saber si un derecho adquiría o no la condición de fundamental debía aparecer explícitamente en el articulado superior del 11 al 41. Ellos y solo ellos podían tratarse como fundamentales. Solo éstos podían ser susceptibles de protección mediante acción de tutela (Charry, 1992, p. 18). La gran diferencia entre un derecho fundamental y un derecho social era la carga prestacional en favor de los segundos, pues, por regla general, los derechos fundamentales se deben entender como derechos de protección individual que resultan mejor protegidos en tanto no haya intervención estatal. Sin embargo, la Corte Constitucional, en calidad de guardián de la Constitución, ha generado un cambio en este marco exegético de interpretación del título 2 superior y ha establecido que la lista de derechos fundamentales no se reduce a un simple catálogo enunciativo que dependa del número del artículo y deje por fuera la dignidad, la supervivencia o la autodeterminación de un sujeto. Si bien es cierto que los derechos ya enunciados como *fundamentales* no pueden perder dicha condición, sí puede ocurrir que el constituyente haya omitido incluir algún derecho fundamental y su no inclusión no puede ser justificación para no concederlo.

Así sucede con el agua potable (Sentencia T-089, 2012) o con el *right to try*: derecho fundamental a “que sea intentado”, para el caso de los pacientes en estado vegetativo o de conciencia mínimo, que puedan acceder a servicios de atención experimental aún no avalados por la ciencia (Sentencia T-057, 2015a). De igual manera puede ocurrir que la naturaleza de un derecho se haya previsto en un primer momento como derecho social o prestacional, pero dada su estrecha conexidad con la dignidad, la supervivencia o la autodeterminación

requerida de un sujeto, aun en contra de la ubicación lexicográfica que le haya dado el constituyente, merezca ser tratado formal y materialmente como un derecho fundamental. Por ejemplo: la vivienda digna (Sentencia T-585, 2008b), la salud (Sentencia T-649, 2008c), la huelga (Sentencia C-349, 2009), el mínimo vital (Sentencia T-487, 2010), la asociación sindical (Sentencia T-733, 2011), la alimentación (Sentencia T-029, 2014a), la educación (Sentencia T-476, 2015b), la seguridad social (Sentencia T-752, 2008d), la propiedad (Sentencia C-591, 2014b), la ternura y el amor en favor de los niños (Sentencia T-129, 2015c), la reparación integral (Sentencia C-344, 2017a), la muerte digna (Sentencia T-544, 2017b).

5.3.3. Los derechos fundamentales viven en permanente tensión

Los derechos fundamentales pueden resultar excluyentes entre sí. Esto significa que la protección, salvaguarda o concesión de un derecho fundamental puede afectar o restringir otro derecho fundamental. El derecho fundamental a la seguridad ciudadana puede poner en riesgo la presunción de inocencia; el derecho fundamental a la convivencia puede poner en riesgo el libre desarrollo de la personalidad; el derecho fundamental a la participación ciudadana puede poner en riesgo la libre locomoción; el derecho fundamental a la libertad de expresión puede poner en riesgo el derecho al buen nombre o a la intimidad; el derecho fundamental a la autodeterminación de las mujeres que piden libertad para decidir si abortan o no puede poner en riesgo el derecho a la vida de quien está por nacer.

La democracia constitucional es un régimen de tensiones, de confrontación entre la defensa más estricta de los intereses individuales y la consecución de un orden social justo y equitativo. Siempre habrá diferentes interpretaciones sobre lo que hace o debe hacer tanto la autoridad como los sujetos políticos. Siempre habrá una contracara en la reivindicación de derechos y corresponde a la autoridad y, de manera especial, al guardián de la Constitución asegurar que todas las demandas sociales tengan cabida y justificar, con base en la Constitución y su *espíritu*, qué derecho debe protegerse y qué derecho debe ceder según el interés en juego, el fundamento constitucional o la carga argumentativa.

La Corte Constitucional ha trazado una ruta interpretativa y argumentativa para orientar de manera razonable y constitucional la preferencia de un derecho fundamental sobre otro; en tanto ha entendido que la tensión de derechos fundamentales debe ser llevada al escenario de tensión de principios, en los que no opera una regla de exclusión sino el uso de los test de igualdad, de razonabilidad y de proporcionalidad. El presupuesto esencial de la aplicación del *test de igualdad* consiste en darle un trato discriminatorio a un sujeto que se encuentra en una situación de igualdad fáctica o jurídica, sin que tal trato discriminatorio tipifique una usurpación constitucional. Una vez se ha puesto en evidencia la condición paritaria deberán seguirse unos presupuestos, para que la preferencia de

uno sobre otro asegure una condición básica y constitucional de razonabilidad. A través del *test de razonabilidad* se deben asegurar tres condiciones: (i) que exista un objetivo perseguido a través de la instalación del trato desigual; (ii) que dicho objetivo sea válido y compatible con los principios medulares de la Constitución; y (iii) que haya lugar a condición de proporcionalidad entre el trato y el fin deseado (Sentencia C-100, 2004). La tercera condición del test de razonabilidad define la condición esencial del *test de proporcionalidad*, el cual debe entenderse como una condición interpretativa para poder justificar, en términos constitucionales, que una determinada preferencia de un principio sobre otro ha satisfecho las condiciones de adecuación y de necesidad, de acuerdo con las disposiciones constitucionalmente establecidas (Sentencia C-033, 2014c).

Estos son los términos de la Corte Constitucional:

En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: (a) la idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. (b) La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objeto previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido. (c) El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficios que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia (Sentencia C-144, 2015d).

5.4. Conclusiones

El lenguaje de los derechos fundamentales está sustentado en los presupuestos morales y políticos de los derechos humanos. Los derechos humanos son pre-políticos a diferencia de los derechos fundamentales que están supeditados a la concesión normativa de los diferentes

ordenamientos jurídicos. Los derechos fundamentales, a diferencia de los derechos humanos, no tienen vocación de universalidad porque dependen de la comprensión que tenga el pueblo, por sí mismo o mediante sus representantes en el foro público, según el momento histórico frente al tipo y alcance del contenido y protección que quiera darse a sí mismo. Los derechos fundamentales tienen lugar y cabida según las exigencias propias del lenguaje constitucional de posguerra, en el que las mayorías se ven limitadas para afectar el núcleo esencial de los derechos básicos de las minorías; y los agentes públicos se ven obligados a trazar políticas públicas de asistencia e intervención en el mercado con el objeto de asegurar condiciones de justicia material para todos, y en especial para los menos aventajados, aquellos que parecen estar de forma sistemática enfrente de una barrera estructural que les impide acceder a la satisfacción de sus demandas.

Los derechos fundamentales representan el sino del mundo de posguerra. Encarnan los valores políticos del pueblo alemán que llevó a lo más elevado de su ley fundamental unos preceptos básicos de humanidad a los que ningún poder público pudiese tener acceso para arrebatárselos de manera arbitraria. Sobre ellos erigió el listón más elevado de su compromiso por asegurar la dignidad como punto de partida y como punto de llegada de una sociedad que se propuso ser más horizontal y no volver jamás a la guerra.

Los derechos fundamentales tienen por naturaleza la dignidad, la supervivencia y la autodeterminación; su estructura está soportada sobre las exigencias morales o materiales que el titular pueda reclamarle a los agentes estatales o a particulares para que se abstengan de intervenir en el marco de las esferas más íntimas de decisión individual o para que dispongan de recursos y de medios de acceso a condiciones materiales o inmateriales que conduzcan decididamente a cerrar la brecha de inequidad derivada de la aplicación natural del ideario liberal.

Los derechos fundamentales nacen de necesidades vitales, tanto individuales como colectivas. Representan la materialización de la voluntad popular. De tal manera, en la medida en que una sociedad sea más activa y se apropie con mayor decisión de los derechos que le son propios habrá un mejor diálogo entre agentes sociales y comunidad; los canales de revisión de lo público estarán abiertos con mayor certeza y el acceso al foro público tendrá menos límites. En la medida en que el diálogo entre pueblo y representantes sea más fluido mayor será el espectro de participación y más asertiva será la intervención de lo público con respecto a lo que cada sujeto ha de reclamar para sí como esencial frente a las condiciones de dignidad, de supervivencia y de autodeterminación.

5.5. Referencias

- Blanco Valdés, R. L. (2010). *El valor de la constitución*. Alianza.
- Bobbio, N. (2000). *Igualdad y libertad*. Paidós.
- Charry, J. (1992) *La acción de tutela*. Temis.
- Colombia. Congreso de la República. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873. *Código Civil*. Diario Oficial N.º 2867.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994, 5 de mayo). *Sentencia C-221* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2004, 10 de febrero). *Sentencia C-100* (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2006, 10 de mayo). *Sentencia C-355* (Jaime Araújo y Clara Inés Vargas, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2007, 7 de febrero). *Sentencia C-075* (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008a, 30 de julio). *Sentencia T-756* (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008b, 12 de junio). *Sentencia T-585* (Humberto Sierra Porto, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008c, 1 de julio). *Sentencia T-649* (Clara Inés Vargas, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008d, 28 de julio). *Sentencia T-752* (Humberto Sierra Porto, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2009, 20 de mayo). *Sentencia C-349* (Luis Ernesto Vargas, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2010, 16 de junio). *Sentencia T-487* (Juan Carlos Henao Pérez, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011, 27 de septiembre). *Sentencia T-733* (Gabriel Eduardo Mendoza, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, 16 de febrero). *Sentencia T-089* (Gabriel Eduardo Mendoza, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014a, 27 de enero). *Sentencia T-029* (Jorge Ignacio Pretelt, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014b, 20 de agosto). *Sentencia C-591* (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2014c, 29 de enero). *Sentencia C-033* (Nilson Pinilla Pinilla, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015a, 12 de febrero). *Sentencia T-057* (Martha Victoria SÁCHICA M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015b, 29 de julio). *Sentencia T-476* (Myriam Ávila Roldán, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015c, 27 de marzo). *Sentencia T-129* (Martha Victoria SÁCHICA, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015d, 6 de abril). *Sentencia C-144* (Martha Victoria SÁCHICA, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016a, 28 de abril). *Sentencia SU-214* (Alberto Rojas Ríos M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2016b, 10 de noviembre). *Sentencia T-622* (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2017a, 24 de mayo). *Sentencia C-344* (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2017b, 25 de agosto). *Sentencia T-544* (Gloria Ortiz Delgado, M. P.).
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2017, 13 de julio). *Sentencia Exp. AHC 4806-2017* (Luis Armando Tolosa, M. P.).

- Colombia. Presidencia de la República. (2018, 1 de octubre). Decreto 1844. *Por medio del cual se adiciona el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas.*
- De Sousa Santos, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Ántropos-Dejusticia.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2007). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Trotta.
- Francia. Asamblea Nacional Constituyente. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf
- Hesse, K. y Häberle, P. (2011). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional con especial referencia al tribunal constitucional alemán*. Porrúa.
- Kelsen, H. (2002). *Esencia y valor de la democracia*. Comares.
- Levi, P. (2015) *Trilogía de Auschwitz*. Ariel.
- Londoño, M. (2015). Participación ciudadana: algo más que elegir y ser elegido. Un estudio desde el proceso constituyente de 1991. En M. Bocanument Arbeláez, M. A. Rojas Betancur y O. C. Restrepo Yepes, *Participación ciudadana en el proceso constituyente de 1991* (pp. 90-115). Sello editorial Universidad de Medellín.
- Mendieta González, D. (2010). La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de sus 100 años de vigencia en Colombia. *Universitas*, 59(100), 61-84. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14451>
- Müller, F. (2016). *La positividad de los derechos fundamentales*. Dykinson.
- Naranjo Meza, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Temis.
- Pérez Luño, A. E. (2007) *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Pogge, T. (2002). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Paidós.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Editorial Universidad del Rosario.
- Rawls, J. (2004). *Liberalismo político*. Crítica.
- República Federal de Alemania. (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza.
- Sloterdijk, P. (2018) *¿Qué sucedió en el siglo XX?* Siruela.
- Smith, A. (1979). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. FCE.
- Vila Casado, I. (2007). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis.
- Zagrebesky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

6. Desarrollo de la ciudadanía en Colombia³⁰

Ferney Moreno

6.1. Introducción

Hablar del desarrollo del concepto de ciudadanía implica ir a los griegos y a los romanos, pasar por la modernidad y aterrizar en el liberalismo, el republicanismo, el comunitarismo y la globalización, sin olvidar la democracia. Por ende tendríamos que decir, citando a Herrera et al. (2005), que el “paulatino proceso de consolidación del capitalismo, así como las transformaciones culturales que caracterizan la modernidad, condujeron a reordenamientos que incidieron en el status político de los individuos y sus identidades sociales” (p. 228), y en la construcción de la ciudadanía.

El concepto de ciudadanía se construye en Colombia a partir del liberalismo y el republicanismo, doctrinas políticas en las cuales se apoyaron las nacientes sociedades para realizar sus constituciones políticas. El republicanismo se caracteriza por su defensa de la libertad; su sometimiento a la ley como expresión soberana del pueblo; fomenta la participación ciudadana, los valores cívicos y pone lo colectivo por encima de lo individual. El liberalismo, doctrina económica y social nacida a finales del siglo XVIII, defiende la libertad del individuo y una intervención mínima del Estado en la vida social y económica. Los tres pilares del liberalismo son vida, libertad y propiedad. Existe un liberalismo político y uno económico. El primero pugna por el sometimiento a la ley, y el derecho a la libertad política, el segundo busca la libertad económica y un Estado reducido. El liberalismo y el republicanismo comparten a la libertad como tronco filosófico común (De Francisco, 2007). En ambos casos se trata de la ciudadanía integrada que es la raíz del Estado–Nación construido en la modernidad.

Para llevar a cabo esta investigación se tendrá en cuenta un paradigma de tipo cualitativo que emplea el método hermenéutico de las ciencias sociales. El enfoque será fundamentalmente comparativo e histórico, basado en fuentes primarias como la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia, y secundarias como literatura especializada sobre el objeto de estudio.

³⁰ Este es un texto de reflexión derivado de la investigación “Desnaturalización del poder constituyente en Colombia”.

En el primer apartado se hace un recorrido histórico de la ciudadanía. En el segundo se estudia el desarrollo de la ciudadanía en las constituciones centralistas. En el tercero se profundiza en el desarrollo de la ciudadanía en las constituciones federalistas en Colombia. En los segmentos cuarto y quinto se ahonda en el desarrollo de la ciudadanía en las constituciones de 1886 y 1991.

6.2. Antecedentes históricos de la ciudadanía

Desde la época clásica se ha desarrollado el concepto de ciudadanía. “Para los griegos, en particular Aristóteles, lo natural era ser ciudadano: el hombre era un *zoon politikón*, un animal político. Para los romanos, por el contrario, el hombre era una entidad jurídica, y, como ciudadano, contraía una relación legal con el estado” (Heater. 2007, p. 15).

Para los contractualistas como Thomas Hobbes y John Locke, la ciudadanía tiene dos enfoques; para el primero debe existir un Estado autoritario, en el cual el ciudadano no puede “interferir en la toma de decisiones de las autoridades y debe sujetarse a las obligaciones y deberes que le son asignados” (Pineda citado en Navarro Díaz, 2011, p. 142). El segundo expresa su simpatía por un Estado democrático liberal, fundamentado en la participación ciudadana, en el cual el Gobierno esté “sujeto al control, escrutinio y juicio de los ciudadanos y sus decisiones; para tal efecto, los proyectos políticos deben ser sometidos al consenso y aprobación de la representación y la participación de los sujetos” (pp. 142-143).

En el primer enfoque el

súbdito está centrado en la actividad benevolente del gobierno hacia la sociedad. [En el segundo la] participación ciudadana hace de la relación entre el gobierno y la sociedad una vía de doble sentido, donde tanto el gobierno puede influir en los ciudadanos como éstos en el gobierno, en una especie de dialogo y debate público (p. 143).

El concepto moderno de ciudadanía creado por el liberalismo nace en la revolución inglesa, con la concesión de los derechos políticos, en este caso a elegir y ser elegido en los cargos públicos que lo permitían, con las restricciones de la época, puesto que los únicos que eran ciudadanos y gozaban de dicho derecho eran los hombres que tenían grandes propiedades. “Existía, por lo tanto, la apariencia de una ciudadanía política en Inglaterra durante los siglos *xvi* y *xvii*” (Heater, 2007, p. 120). Dicha ciudadanía es consolidada por los franceses en la declaración de los derechos del hombre y de los ciudadanos de 1789, “que consistió en reconocer y sancionar como derechos del hombre los derechos de libertad y como derechos del ciudadano los derechos políticos, unos y otros esenciales no sólo para el desarrollo del capitalismo, sino también para el de la democracia” (Ferrajoli, 2009, p. 101).

Para Marshall y Bottomore (2005), la ciudadanía parte de la concepción de la igualdad natural de los seres humanos, “acepta como correcta y apropiada una amplia variedad de desigualdad cuantitativa o económica, pero condena la desigualdad cualitativa o la diferencia entre el hombre que era, ‘al menos por ocupación, un caballero’ y el hombre que no lo era” (p. 19).

Marshall y Bottomore (2005) dividen a la ciudadanía en tres partes fundamentales, a saber: (i) derechos civiles que son concebidos desde la primera concepción del liberalismo en el siglo XVII; (ii) derechos políticos, los cuales empiezan siendo restringidos y se universalizan en el siglo XIX; (iii) derechos sociales y culturales que se hacen efectivos a partir del siglo XX en algunos países europeos. De los derechos sociales dice Marshall, que se “establecieron para eliminar las imperfecciones del capitalismo y lograr así la equidad social” (citado en Barbero González y Ariza, 2010. p. 48).

Para Ferrajoli (2009), “la relación establecida por Marshall entre ‘ciudadanía’ y las tres categorías de derechos que él mismo indica, resulta arbitraria, puesto que no todos estos derechos presuponen la ciudadanía como status único que incluye todos los demás” (p. 99). El fortalecimiento del concepto moderno de ciudadanía se debe al progresivo aumento de la sociedad capitalista y a la homogenización cultural presente en la modernidad, que inciden en el “status político de los individuos y en sus entidades sociales. Estos reordenamientos se acentuaron durante los siglos XVIII y XIX, constituyéndose las categorías de Estado y Nación como centrales y ordenadoras de la realidad social y política” (Herrera et al., 2005, p. 228).

El Estado-Nación se formó a partir del modelo del Estado francés, que está asentado en la comunidad política, “basada en premisas republicanas que buscan implementar la asimilación de las distintas culturas (ya sean minorías, grupos indígenas o inmigrantes), a unos valores universales basados en el individuo como sujeto titular de tales valores en donde apenas caben expresiones de derechos culturales colectivos” (Barbero, 2012, p. 106).

En la cimentación del Estado-Nación no existe la posibilidad de que este sea multicultural, puesto que la nación

se entiende, desde el punto de vista moderno, como un conjunto de individuos que habita un territorio ancestral y que se une en torno a una historia, un lenguaje, una religión y una cultura común. La nación, consecuentemente, es una entidad culturalmente homogénea (Guéhenno citado por Barbero González y Ariza, 2010, p. 13).

Van a ser estas categorías de Estado-Nación las que posibiliten la consolidación de la ciudadanía en la modernidad, ya que en “el contexto en el que surge el modelo de ciudadanía contemporánea es precisamente cuando la nación buscaba una armadura que la protegiera

de las otras entidades y el Estado buscaba una identidad que le proporcionara cierta cohesión legitimadora” (Barbero, 2012, p. 106).³¹

6.3. Desarrollo de la ciudadanía en las constituciones centralistas

Esta noción de ciudadanía construida por el Estado-Nación se esparce por las colonias españolas en el nuevo mundo, en las que no existían ciudadanos sino súbditos de la corona, puesto que el poder estaba concentrado en el monarca español que disponía de los bienes y de los súbditos de la manera más conveniente para sus intereses.

Después de la independencia, los vencedores dejan claras las reglas de juego en la Constitución de 1821. Queda determinado en dicha constitución un gobierno representativo elegido por los “ciudadanos”. Se reconocen los derechos naturales de libertad, igualdad y propiedad como derechos políticos, no como derechos legales; estaban consignados en la constitución, pero no se garantizaban a todos en igualdad de condiciones, pues eran selectivos (Dworkin, 2014). Se instituye la división tripartita del poder, emulando a Montesquieu (Melo, 2017); la soberanía reside en la nación y no en el pueblo tal y como lo instituye la Constitución francesa de 1791; se desarrolla la concepción de un régimen político republicano. A pesar de pregonarse en la Constitución el derecho a la igualdad ante la ley, esta no era real sino formal, porque quedaron limitados los derechos políticos, aquellos que permiten al ciudadano elegir y ser elegido, participar en los asuntos públicos del país y, en definitiva, hacer efectivo el ejercicio de la ciudadanía. Con una constitución tan selectiva como la inglesa, la francesa y la americana, en Colombia los únicos que podían ejercer los derechos políticos eran aquellas personas mayores de veintiún años que supieran leer y escribir y que fueran dueños de una propiedad raíz que alcanzara un valor de cien pesos. Si no cumplían con estos requisitos, debían probar que ejercían un oficio o profesión, que eran comerciantes y que poseían una industria o taller sin dependencia de otra persona. Esto, para elegir. Para ser elegidos, los requisitos eran superiores ya que aumentaba la edad y el monto de los bienes (Restrepo Piedrahita, 2009).

En la carta de 1821 trataron de plasmar las dos ideologías políticas que marcaban la pauta en esos momentos (republicanismo y liberalismo) que tenían gran afinidad, toda vez que ambas “pertenecen a un tronco filosófico común, dada la centralidad de la libertad en ambas filosofías políticas, y que comparten un mismo universo de problemas” (De Francisco, 2007, p. 15). Lo que se debe destacar aquí es que en ambos casos se trata de la

³¹ La ciudadanía “puede entenderse como un espacio, no solo jurídico-político sino también físico. Es en el territorio demarcado por la muralla urbana donde impera el derecho civil: “el aire de la ciudad hace libre”, reza el proverbio alemán de la época” (De Francisco, 2007, p. 103).

ciudadanía integrada, la cual entra en contraposición con el concepto de pluralismo crítico o comunitarismo, que trata de buscar “una solución al problema de las minorías sociales o culturales, para la que el concepto de ciudadanía integrada supone la eliminación de su identidad diferenciada (social o cultural)” (Rubio Carracedo, 2005, p. 242). Debe quedar claro que “el horizonte moral del republicanismo y liberalismo no se centra en las cuestiones de la identidad y el reconocimiento, como en el comunitarismo, sino en el ideal de la libertad” (De Francisco, 2007. p. 15). Esta sociedad no desarrolló un “concepto de ciudadanía que permita a los grupos sociales desfavorecidos o marginados y a las minorías étnicas, religiosas o culturales su integración en el Estado, sin perder por ello sus rasgos diferenciales propios” (Rubio Carracedo, 2005, p. 243). Lo establecido en esta Constitución permite dilucidar el futuro conflictivo de la naciente sociedad, en la que las reglas de juego están en manos de aquellos que ostentan el poder económico, político y social, esto es, los dueños de grandes extensiones de tierras aptas para la explotación minera y agrícola.

La Constitución de 1830, además de restringir los derechos políticos, restringe los derechos civiles, al establecer en su artículo 14 los mismos requisitos para el ejercicio no solamente de los derechos políticos, sino además para el de la ciudadanía, es decir, los derechos políticos y civiles. A pesar de que el enunciado principal es la igualdad, las constituciones de 1832 y 1843 traen las mismas prohibiciones con unas excepciones mínimas.

Es bien sabido que los únicos que llenaban estos requisitos para ser ciudadanos eran los criollos hijos de los españoles independistas. Obreros, campesinos, indígenas y negros no cumplían con estas grandes exigencias impuestas por las constituciones colombianas, por ende, no podían ejercer como ciudadanos. No existía ninguna clase de participación política en cabeza de estos, estaban condenados a ser nacionales pero no ciudadanos, con excepción de los esclavos que no tenían la posibilidad de ostentar ninguna de las dos (Restrepo Piedrahita, 2009).

Toda esta negación de derechos y de la ciudadanía en Colombia se da gracias a que, al constituirse la república, no había una clase burguesa formada, lo que existía eran feudos.

Lo establecido en las diferentes constituciones centralistas no existe. En la realidad, lo que encontramos es una sociedad feudal que se encargó de desarrollar el régimen colonial, en el cual los terratenientes, próceres y caudillos de la independencia, premiados con grandes haciendas, remplazaron al español peninsular, se hicieron latifundistas y ostentaron el poder político, económico y social. “Mientras los indios continuaron despojados de sus tierras y las minas y labranzas pobladas de esclavos” (Montaña Cuéllar, 1977, p. 65).

Todo esta desigualdad y atraso social se dio por la estructura jerárquica que se aplicó en el desarrollo de las instituciones en el país, heredada de la filosofía del español Francisco Suarez en el siglo XVI, que establecía un sistema feudal jerárquico estamental, el cual tenía

como preceptos fundamentales la aristocracia, la nobleza eclesiástica, los plebeyos ricos, los siervos, los pobres libres, y los esclavos. “Tal sistema está muy lejos de los principios igualitarios y de libertad religiosa que sentó la reforma protestante y que sistematizó la revolución francesa” (Kalmanovitz, 2001, p. 124). Por el contrario, este sistema se fundamentaba en la estructura jerárquica de la Iglesia católica.

En medio de un sinfín de contradicciones, las constituciones expedidas entre 1821 y 1843 pregonan como principios fundamentales la libertad, la propiedad, la seguridad y la igualdad, a sabiendas de que, en realidad, tales derechos los ejercían quienes poseían las tierras y tenían el poder, por lo que fue una divulgación de unos derechos formales, mas no reales.

Es tan pobre nuestro desarrollo como Estado-Nación que en el año 1848 seguían vigentes las instituciones coloniales como hechos económicos, sociales, culturales y políticos del país (Molina, 1970).

Se puede decir, sin temor a equivocaciones, que en el siglo XIX las pautas fueron fijadas por los caudillos y los gamonales que ocupaban la más alta posición en la jerarquía de la naciente sociedad; “fue como el puente tendido entre el país de la representación legal y el país de la desigualdad real en el acceso a la ley y en el trato dispensado por quienes representaban la autoridad” (Palacios, 1999, p. 244). La anunciada igualdad constitucional no pasó de ser una falacia, ya que “unos pocos concentraban el poder y el saber, sobre la base de las diferencias entre blancos, negros e indios” (Melo, 2017, p. 150).

La primera fase del periodo post independiente (1820-1850) fue una época caracterizada por la crisis de legitimidad, por la fragmentación política expresada en la persistencia de los focos rurales de poder y por la pugna ideológica en el seno del grupo militar de vocación centralista (Palacios, 1986).

6.4. Desarrollo de la ciudadanía en las constituciones federalistas

El cambio de paradigma constitucional fue influenciado por la revolución europea de 1848, la cual llegó a las antiguas colonias de España en América, entre ellas a la Nueva Granada. Estas ideas se vieron reflejadas en la naciente clase dirigente colombiana, protagonista de una de las épocas de mayor agitación intelectual, política y jurídica de la historia colombiana. Se formaron en medio de un turbión de ideas, entre las cuales la libertad era la más sólida, simiente del radicalismo liberal, cuya mayor obra política fue la Constitución de 1853 (Vidal. 2010).

Con anterioridad a la Constitución de 1853 hubo instituciones que lucharon por el desarrollo de la democracia y el ejercicio de la ciudadanía a plenitud, tal y como lo prego-

naba la Constitución francesa de 1848. Entre ellas, la asociación de artesanos y cafeteros, los cuales se enfrentaron, sin éxito, a los grandes caudillos y gamonales³² de la época que ejercían el poder a través de clanes familiares (López Alves, 2003). Caudillos y gamonales siguieron con el dominio absoluto del país, pues “el auge del café no benefició a los pequeños productores. Más bien, les permitió a los grandes hacendados monopolizar la distribución, haciendo a los pobres dependientes de los ricos, especialmente en las prósperas regiones cafeteras de Antioquia, Caldas, y Valle” (López Alves, 2003, p. 166).

Más adelante las acciones de los artesanos y cafeteros en busca del reconocimiento de sus derechos se verían compensadas en la Constitución de 1853, la cual estableció el sufragio universal y el ejercicio de la ciudadanía a plenitud, teniendo como garante a la democracia. Sin ningún otro requisito que ser varón granadino, mayor de veintiún años y ser o haber sido casado. De la misma forma queda establecido en las constituciones de 1858 y 1863. El único inconveniente era que los bienes y el poder político seguían en cabeza de unos pocos.

De acuerdo con los especialistas, aquella fue una constitución de carácter “centro federal”. En cuanto a la consagración de libertades fue tan lejos como ninguna otra había ido en la América española. “Fue, además, la única Carta Política del siglo XIX que, según se lee en su artículo primero 1º, definió a Colombia como ‘una república democrática’ y la única que, al tenor del artículo 57, consagró la figura de la “asamblea constituyente” como mecanismo reformativo constitucional (Vidal Perdomo y Trujillo Muñoz, 2010, p. 20).

En vigencia de la Constitución de 1858 se tomaron algunas medidas para tratar de igualar las cargas sociales, entre ellas la desamortización de los bienes eclesiásticos decretada en 1861 por el liberalismo, la cual condujo a un desplazamiento de propietarios, pero alteró muy poco los rasgos estructurales de la propiedad rural, pues los campesinos y los más pobres no tuvieron acceso a esta repartición de tierras porque no llenaban los requisitos establecidos en la ley. Estas “disposiciones suponen que los beneficiarios posean algunos recursos: la Ley de 1860, el Código Fiscal de 1873, luego la Ley de 1874, van así en contra de los propósitos de carácter ‘social’. El hecho dominante no deja de ser el ‘otorgamiento de inmensas superficies’ [de tierra a la clase dominante del país]” (Pécaut, 1987, p. 41). Estos tratos discriminatorios no permitieron que en Colombia se construya una ciudadanía de-

³² “[...] una vez desintegrado el Imperio español, surgió el caudillismo y el gamonalismo como expresión de los valores sociales de la provincia. El estamento social criollo, una vez elevado al poder, proyectó su influencia en las distintas regiones del Nuevo Reino de Granada, fortaleciendo un caudillismo de índole socio-cultural y familístico. Los caudillos surgieron tanto en la capital como en la provincia, con sentimientos propios, aspiraciones y deseos de mando en sus respectivas regiones y aldeas. En este aparataje sociopolítico apareció asimismo el ‘caciquismo’ o gamonalismo de las veredas y aldeas, que asesoraron al caudillo y mantuvieron su dominio en el área de influencia. Estas formas de dominio local y regional, que se hicieron presentes en la Primera República Granadina, se fortalecieron una vez culminada la Independencia, en aquella carrera de los caudillos carismáticos por llenar el vacío de poder político” (Ocampo, 1989, p. 45).

mocrática fundamentada en el derecho a la igualdad y generaron una serie de conflictos en todo el siglo XIX y parte del XX.

Queda claro que “la república procesó los asuntos del Estado a través de roscas y redes familiares. No de otra manera se entienden las transacciones de la época pos bolivariana (1830-1850) que permitieron realizar la centralización política y conservar niveles adecuados de extracción fiscal” (Palacios, 1999, p. 244). El Estado era manejado por una clase social minoritaria que tenía el monopolio de la fuerza a través de sus ejércitos privados.

El Estado colombiano en gran parte del desarrollo del siglo XIX fue demasiado frágil en términos económicos y políticos. Kalmanovitz (2001) afirma que el Estado “no logra monopolizar los medios de violencia ni puede ofrecer protección a la propiedad y vida de los ciudadanos hasta después de la guerra de los mil días que culmina en 1903 y de allí en adelante solo de forma temporal” (p. 131).

Sudarsky, citado por Kalmanovitz (2001), manifiesta “que la soberanía no residía en el pueblo sino en una indivisible nación que bien podía aplastar al ciudadano” (p. 131).

Es tanto el atraso político y social de los colombianos en cuanto a la aplicación real de las ideologías liberales y republicanas, que los movimientos políticos se forman veinte años después de la independencia, o sea, entre 1840 y 1870. La Colombia del siglo XIX era ajena a tal fenómeno, puesto que los que ejercían el poder eran un porcentaje muy mínimo de los connacionales. Los movimientos políticos que se forman se fundamentan en las ideologías de las revoluciones inglesa, americana y francesa, creándose la oposición conservadora-liberal, la cual:

Se afianza progresivamente en el conjunto de la población constituyendo una geografía compleja cuyo diseño, cien años después, sigue a menudo invariable; toma el aspecto de una confrontación entre dos subculturas, trasmisibles hereditariamente y en torno de las cuales se organizan múltiples prácticas de la vida cotidiana (Pécaut, 1987, p. 50).

Entre los aportes más valiosos que hizo la Constitución de 1863 están el reconocimiento a la igualdad de los derechos de los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social y étnica, la búsqueda de soluciones civiles a los conflictos, la inviolabilidad por el Estado de la vida humana, el derecho universal a la educación, la libertad de expresión, de pensamiento y de prensa. Todo lo que se intentó con la Constitución de 1863 fracasó, puesto que lo allí establecido quedó solo en el papel y, en lugar de mejorar, la sociedad empeoró. En vigencia de la Constitución se generaron dos guerras y se dio nacimiento a la Constitución de 1886.

El sufragio universal y la ciudadanía plena con todos sus desperfectos tuvo una duración de aproximadamente 33 años. Se termina con la expedición de la Constitución de 1886, que separa los derechos civiles de los políticos e instituye nuevamente una limitante para el

ejercicio de la ciudadanía, atendiendo a variables de edad, sexo, condición económica y alfabetismo; los artículos 15 y 173 de la Constitución y la Ley 89 de 1890 así lo confirman. Las mujeres y los denominados menores de edad no eran considerados ciudadanos (Restrepo Piedrahita, 2009).

6.5. Desarrollo de la ciudadanía en la Constitución de 1886

La Constitución de 1886 se dio en un momento en el que estaban vigentes dos ideologías en el mundo. Por un lado la cristiandad, la cual establecía una estructura basada en una filosofía esencialista, una sociología estamental y estática, una religión sólida y absoluta, y una moral heterónoma considerada universal, prescriptiva y totalizante. Y por el otro lado la modernidad, fundamentada en la filosofía liberal, que abogaba por un sujeto libre, dueño de sí mismo, con unos ideales de progreso y desarrollo de tipo secular, sin dependencia religiosa de ningún tipo, al menos en el ámbito de lo público, con la cual se había identificado la Constitución de 1863 (Arango de Restrepo y Arboleda Mora, 2005).

La estructura de la Constitución de 1886 se fundamentó en el pensamiento conservador, el autoritarismo y la utilización del sentimiento religioso como elemento de control social. Estipuló que el sistema de educación tendría como primer principio la enseñanza religiosa. Estableció que los códigos deberían ser nacionales; limitó la libertad de prensa; reimplantó la pena de muerte; restringió los derechos individuales e instituyó un ejército fuerte (Araújo Rentería, 1999).

Las constituciones anteriores a la de 1886 consagraron y respetaron todos los derechos humanos postulados por los americanos y los franceses. En la Constitución del 86, por el contrario, se estableció el intervencionismo estatal en la economía, la centralización política, la protección aduanera a las industrias nacionales, los derechos individuales limitados por el interés social y una moneda dirigida (Ocampo, 2008).

En relación con los derechos individuales desaparecían de la carta algunas de las formulaciones genéricas de 1863, como las libertades de expresión, imprenta, pensamiento y movimiento, para remplazarlas por fórmulas más restrictivas o restablecer, en vez de derechos del individuo, restricciones al poder del Estado. Por último se repetía la prohibición ritual de las juntas políticas populares de carácter permanente, cuyo confuso sentido se prestó para prohibir sindicatos y otras asociaciones (Melo, 1989, p. 50).

Acerca de los derechos humanos consagrados en la Constitución de 1886, comentan López Michelsen y Liévano Aguirre que la teoría de los derechos individuales fue trasplantada de Europa a un país que no tenía por qué incorporarlas a su realidad, ya que “en la organización social lo principal no son los derechos, sino los deberes”, porque los derechos

del hombre y del ciudadano se convirtieron en “el factor hondamente perturbador en la organización de la república”. (Ocampo, 2008, p. 146). Aseguran Liévano y López que el establecimiento de la libertad en América ocasionó resultados diametralmente opuestos a los que había producido en Europa.

A pesar de los esfuerzos de algunos liberales en el siglo XIX para hacer efectiva la ciudadanía democrática en sus constituciones liberales, no fue posible la construcción de un ciudadano que transitara por lo público como sujeto de derecho defendiendo sus derechos políticos y civiles, porque siempre por encima de las constituciones se impusieron las ideas de la clase oligárquica de este país.

Los modelos de ciudadanía del siglo XIX entraron en crisis en las primeras décadas del siglo XX, en el mismo momento en el que obreros y campesinos empezaron a participar activamente en el escenario político, exigiendo derechos sociales y colectivos, “lo cual coexistió con un proceso de ampliación de los derechos políticos y con formas aceleradas de secularización y de profanación de la tradición” (Herrera et al., 2005).

En el siglo XX los distintos conflictos tienen como elemento central al individuo que pide el reconocimiento y materialización de sus derechos civiles, políticos y sociales, entre ellos el derecho a la propiedad, pues la tierra sigue en manos de los descendientes de los caudillos y gamonales, también los medios de producción y el mismo Estado.³³

La clase dirigente colombiana después de la guerra de los mil días quiso seguir imponiendo su concepción política anacrónica, pero le fue imposible sobrevivir a la “tensión permanente entre las tradiciones políticas, de un lado, y del otro, una modernización económica, social y cultural, cuyos paradigmas se desplazaron de Europa a los Estados Unidos” (Palacios, 1999, p. 258). Estos paradigmas tenían como protagonista a una clase social que estaba emergiendo, “la clase obrera”, la cual pedía a toda costa reivindicaciones sociales como un mejor salario, un mayor bienestar social y ampliación del sufragio y de los derechos ciudadanos (Palacios, 1999). Las demandas reivindicatorias de los obreros obligaron a los gobernantes de la época a expedir una serie de normas que hicieran realidad lo pretendido.

Para poder contrarrestar el poder que habían adquirido los trabajadores a través de los sindicatos, el Gobierno nacional crea la Ley 69 de octubre de 1928, llamada Ley “heroica”, con la cual modifica el régimen de sanciones penales para garantizar la propiedad privada y el orden social. Se prohíbe agruparse, reunirse o asociarse bajo cualquier denominación; la

³³ “[...] la zona cafetera de Viotá, constituida por grandes latifundios explotados en forma feudal; las regiones indígenas del Tolima y del Cauca; las vertientes de la Sierra Nevada de Santa Martha vieron surgir fuerzas nuevas organizadas que planteaban por primera vez derechos desconocidos de las masas rurales. Las clases terratenientes organizaron la represión armada violenta contando con el ejército y la policía a su servicio. Por primera vez los campesinos lucharon no por los intereses de sus amos, sino por sus propios intereses” (Montaña, 1977, p 132).

Ley le otorgaba a un juez la competencia para juzgar a los ciudadanos que desconocieran los derechos de propiedad, fomentaran la pugna de clases o promovieran huelgas por fuera de la ley; además, se prohibía la divulgación de publicaciones, escritos y carteles en apoyo de cualquiera de los actos declarados ilícitos. Lo anterior nos lleva a colegir que desde comienzos del siglo xx fue imposible el ejercicio pleno de la ciudadanía, puesto que con la expedición de esta ley se cercenaron los derechos fundamentales de los individuos, entre ellos el más preciado: el de la libertad.

Es claro que el desarrollo de la ciudadanía era muy limitado, puesto que los líderes locales siempre se las ingeniaban para mantener al pueblo sometido y en la pobreza extrema. En la década que transcurre entre 1946 y 1956 hubo un gran auge de la economía. Las cinco empresas más grandes del país obtuvieron grandiosas ganancias que quedaron en manos de la pequeña oligarquía que gobernaba el país. Mientras esto sucedía con las grandes empresas, la producción agrícola disminuyó y se importaron artículos agrícolas y ganaderos. Esto hizo que se aumentaran los precios de los productos de consumo a más del doble; hubo una reducción del salario y subió el costo de vida de los obreros en un promedio de 50 %, dejando a familias enteras desprotegidas, ampliándose mucho más la brecha social entre pobres y ricos (Montaña, 1977).

En vigencia de la Constitución de 1886 se incrementaron los conflictos en el país, por las diferencias sociales abismales y el desconocimiento de los derechos sociales, civiles y políticos de los ciudadanos; el poder siguió dividido entre unos pocos; la participación ciudadana fue restringida al máximo, lo que conllevó que en la década de los ochenta la estabilidad política colombiana desarrollara una crisis en diversos campos: conflictos sociales, guerrilla, delincuencia, crecimiento de los sectores de la droga ilícita. Los esfuerzos de paz marcados por la aprobación de una Ley de amnistía en 1982 y la firma de los acuerdos de paz en 1984 fueron luego puestos en cuestión en forma dramática; diversas guerrillas retomaron sus combates y asumieron una estrategia de lucha por el poder. El contexto de violencia reduce al extremo el margen de maniobras de un Gobierno que también es responsable de la crisis, como lo son los sectores políticos, civiles y militares, partidarios de una solución de fuerza (Pécaut, 1987).

6.6. Desarrollo de la ciudadanía en la Constitución de 1991

Con la Constitución Política de 1991 se trató de unir el compendio ideológico que hasta el momento se había gestado en la nación y se buscó darles la oportunidad a todos los colombianos de participar activamente en la construcción de un proyecto de vida que permitiera la pacificación del país. Por eso se convocó una Asamblea Nacional Constituyente en el año

de 1990, como mecanismo que había sido planteado de modo reiterado en Colombia por grandes dirigentes políticos, voceros de la oligarquía tradicional y miembros de las distintas guerrillas, para ponerle fin al conflicto armado.

Para solucionar la problemática social que se estaba presentando, los colombianos institucionalizaron el control social, entendiendo este como el proceso de desarrollo de modernización del Estado, materializado a través de la descentralización, que inicia su carrera en Colombia en la década de los ochenta (Trujillo Muñoz, 2001). Políticas que responden a una situación fáctica, ya planteada en el sentido de la necesidad del Estado de recobrar los cauces institucionales de control, tratando de socavar la insurgencia civil expresada por la protesta social y todo el discurso oculto implícito en las luchas de los actores sociales de la sociedad civil, complementando dicha institucionalización con la expedición de la Constitución de 1991, en la que queda legitimado el control social y la participación ciudadana. En dicha Constitución se define a Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, democrática, participativa y pluralista, cuyo poder proviene directamente del pueblo; se mantiene al liberalismo y al republicanismo como ideologías políticas que marcan la pauta en la discusión social.

Su carácter democrático implica

(i) que el pueblo es el poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (si) que el pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente (Corte Constitucional, C-150, 2015).

La participación ciudadana, concebida como un derecho y como un deber, es desplegada en la doble dimensión política y social. La nueva carta, si bien avanza hacia el fortalecimiento de un Estado y una sociedad democrática, no desarrolla la participación social lo suficientemente, ya que esta va mucho más allá de las herramientas políticas, en cuanto a la toma de decisiones en cabeza de los ciudadanos; esto implica que la ciudadanía tenga una participación permanente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida, los cuales se fundamentan esencialmente en “la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social” (Corte Constitucional, C-180, 1994).

Para la participación política, en cambio, se define un conjunto de mecanismos que posibilitan su ejercicio, estipulados en el artículo 103 superior y en la Ley 1757 de 2015 que se encarga de desarrollarlos. En estas normas se le asigna al Estado la función de propiciar y estimular la participación comunitaria sin afectar la autonomía de las organizaciones.

En el artículo 40 se establecen varias formas de participación política, fortaleciendo entre otros, el derecho de asociación y de participación de las personas en grupos que representen sus intereses en los diferentes ámbitos de la vida social; dicho de otra forma, se pasa de una democracia representativa a una participativa, incorporando figuras como la del voto programático, el cual le da la opción al ciudadano de definir la agenda del elegido. En la medida en que el elegido como gobernante debe desarrollar el programa de gobierno por el cual votó la ciudadanía, se establece una relación directa con el electorado y, más allá del electorado, con la ciudadanía. Esta norma constitucional es respaldada con otra de igual rango establecida en el artículo 103 superior, como es la revocatoria del mandato, desarrolladas ambas en las leyes 741 de 2002 y 1757 de 2015.

Por extensión de la norma constitucional, la participación ciudadana también opera para el caso de la actividad legislativa, El artículo 40 superior recoge esta prerrogativa ciudadana al igual que el artículo 103 superior, pero en forma expresa lo manifiestan los artículos 374 y 375 superiores, que hablan de la reforma constitucional y de la iniciativa legislativa. En la reforma constitucional, el pueblo mediante el mecanismo de referendo puede modificar la carta política, toda vez que agote los requisitos establecidos en la Ley 1757 de 2015. En la iniciativa popular legislativa o normativa ante las corporaciones públicas, de acuerdo con lo establecido por la legislación, un número equivalente al menos al 5 % del censo electoral tiene la facultad de presentar proyectos de acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, de ordenanza ante las asambleas departamentales, de acuerdo ante los concejos municipales o distritales y de resoluciones ante las juntas administradoras locales.

En estricta concordancia se encuentran las normas constitucionales desarrolladas en el artículo 155 superior. Los niveles de cultura política de los ciudadanos muchas veces no permiten el ejercicio legislativo que es fundamental para la ciudadanía; además, la falta de una organización social fuerte que movilice al ciudadano en torno al debate público de los temas de primer orden hace inocuo el ejercicio legislativo.

La participación ciudadana en la función judicial es determinada por la Constitución en el inciso final del artículo 116, el cual manifiesta: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

De igual manera los ciudadanos pueden participar como terceros, coadyuvando u oponiéndose en todas las acciones de inexecutable como también en las acciones públicas según lo establecen los artículos 241 y 242 de la carta política.

Anteriormente la participación ciudadana era muy reducida, ya que el sistema democrático se fundamentaba en una democracia representativa que reducía el concepto de participación solo a los aspectos electorales que se realizan con cierta periodicidad. “La Carta brinda nuevas opciones y posibilidades para tomar parte en las decisiones y en los procesos políticos de la sociedad” (Corte Constitucional, T-1337, 2001a).

La democracia participativa amplía el espectro de la participación ciudadana y reconoce la existencia de otros actores sociales diferentes a los partidos políticos.

Por ello mismo, mirada desde el punto de vista del ciudadano, la participación democrática es un derecho y es un deber, toda vez que le concede la facultad y a la vez la responsabilidad de hacerse presente en la dinámica social que involucra intereses colectivos (Corte Constitucional, C-1338, 2001b).

Sin duda la noción de *democracia participativa*, que responde a la creciente complejidad social, desborda ampliamente la tradicional democracia directa y representativa pero más que reemplazarlas las complementa. En este orden de ideas el espectro de la participación ciudadana se extiende a otros contextos como el de la participación en la función administrativa. El Estado y sus funcionarios tienen el deber y la obligación de garantizar la transparencia, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad y la publicidad en desarrollo de dicha función, observando los principios anotados (artículo 209 de la Constitución).

De igual forma, el Estado y los funcionarios tienen una responsabilidad inherente a sus cargos y funciones que le dan seguridad jurídica al Estado social de derecho. En este sentido el artículo 6 superior expresa lo siguiente: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Se debe anotar, además, que la necesidad de establecer responsabilidades en la gestión pública requiere la participación y control del ciudadano en la administración. Para cumplir con ese cometido el constituyente establece una norma específica que garantiza el fin establecido en el artículo 2 superior; en esa medida el artículo 270 superior, preceptúa: “La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumplan en los diversos niveles de la administración”.

El control social derivado de esta norma constitucional debe analizarse teniendo en cuenta el principio de la responsabilidad. Para el caso del servidor público que por omisión

o por acción trasgreda el ordenamiento jurídico con su conducta, se pueden en movimiento los estatutos de responsabilidad política, fiscal, penal, disciplinaria y social (Corte Constitucional, C-1338b, 2001).

Como se ha manifestado, la Constitución Política de 1991 define un amplio catálogo de normas que permiten la injerencia de los ciudadanos en la vida pública del Estado y la sociedad. Sumado a los que ya anotamos y estudiamos se establecen formas de participación en los servicios públicos, en las instituciones educativas, en la planeación en el presupuesto, en la cultura, en el manejo del medio ambiente, sus instituciones, en el saneamiento básico, en la seguridad social, en la salud, en el régimen territorial y obviamente en las organizaciones civiles.

Últimamente ha dicho la Corte, al referirse a la participación ciudadana, que esta se manifiesta:

1. En la posibilidad que tienen todos los individuos, así como las minorías, de oponerse a las determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad. De otra forma dicho se trata de la protección de un ámbito de libre configuración personal, inmune a cualquier injerencia injustificada y que permite a las personas tomar decisiones individualmente o en familia. Esta protección de las decisiones privadas como forma de participación se apoya, entre otras disposiciones, en el artículo 1º que reconoce la dignidad de las personas y el pluralismo, en el artículo 16 de la Carta al amparar el libre desarrollo de la personalidad y en el artículo 42 al establecer el derecho de la pareja a definir la conformación de su familia.
2. En segundo lugar, la Constitución reconoce la participación de comunidades étnicas en los procesos de adopción de medidas que puedan impactar o afectar directamente sus formas de vida (art. 330 y Convenio 169 de la OIT).
3. En tercer lugar y según se recordó en otro lugar de esta providencia, la Constitución prevé diversas formas de participación social mediante la habilitación para que las personas constituyan organizaciones que gestionen sus intereses o los representen en diferentes instancias. Allí se encuadran, entre otros, los colegios profesionales (art. 26), las organizaciones sindicales y gremiales (art. 39), las organizaciones en las que participan los jóvenes (art. 45), las organizaciones deportivas (art. 52) las instituciones de educación (art. 68), las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 78) así como los partidos y movimientos políticos (art. 107).
4. En cuarto lugar, las formas de participación en entidades públicas o en el ejercicio de funciones públicas. Ello ocurre, por ejemplo, al admitir que los jóvenes intervengan

activamente en los organismos públicos o privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45), al señalar que los usuarios del servicio de salud o los ciudadanos impactados por una medida ambiental puedan intervenir en los procesos de decisión (arts. 49 y 79) o al permitir la participación de las comunidades en los Consejos Nacional y territoriales de Planeación (art. 340). Tal forma de participación se prevé también cuando se dispone, por ejemplo, que los particulares puedan ejercer funciones públicas (arts. 123 y 210) administrando justicia (art. 116) o que los colegios profesionales actúen en igual dirección (art. 26).

5. En quinto lugar, la Constitución fija como una forma de participación el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales requeridas para el control de las actividades a cargo del Estado o para la efectividad de los derechos colectivos. En ese marco se establece el derecho de petición (art. 23), la acción de cumplimiento (art. 87), la acción popular (art. 88), la solicitud de aplicación de sanciones penales o disciplinarias (art. 92) y la acción pública de inconstitucionalidad (art. 241), entre otras. Igualmente, tal y como lo señala el artículo 89 de la Carta, deberán preverse los demás recursos, acciones y procedimientos para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.
6. En sexto lugar, el texto constitucional disciplina las formas de participación que se instrumentan mediante la representación en los órganos correspondientes. En esa medida prevé el conjunto de reglas que determinan el funcionamiento democrático estableciendo, por ejemplo, las reglas para la conformación de las mayorías y para la votación en las corporaciones públicas (arts. 145, 146, 153, 157, 376 y 378, entre otros). En ese marco fija las reglas de composición de los diferentes órganos (arts. 171, 176, 190, 258, 260, 262, 263, 299, 303, 312, 314, entre otros).
7. En séptimo lugar, un régimen que regula las formas de participación directa de los ciudadanos en desarrollo de los mecanismos que, según el artículo 103 de la Constitución, puede desplegar el pueblo en ejercicio de su soberanía (arts. 155, 170, 375, 377, 378, entre otros).
8. Debe advertir la Corte que las anteriores formas de participación no agotan las posibilidades existentes en esta materia. En efecto, en atención al carácter expansivo de la democracia y a la condición de mandato de optimización del principio de participación, es posible identificar y desarrollar otros instrumentos que hagan realidad el compromiso constitucional de promover, en la mayor medida posible, la incidencia de los ciudadanos en las decisiones que los afectan (art. 2) (Corte Constitucional, C-150, 2015).

Si comparamos el avance y las garantías que se establecen en las distintas constituciones colombianas para el ejercicio de la ciudadanía, tenemos que decir que la que mejor desarrolla estos derechos y garantías es la Constitución de 1991. Aun así, el hecho de ser la que mejor los desarrolle, no significa ni garantiza su real aplicación.

6.7. Conclusiones

De acuerdo con todo lo anterior se puede concluir que en el siglo XIX la gran ausente fue la democracia liberal, fundamentada en el reconocimiento a los individuos de sus derechos civiles, políticos y sociales, en igualdad de condiciones, respaldados por un Estado-Nación que ejerza el monopolio de la fuerza a través de sus instituciones. Los caudillos y los gamonales se aprovecharon de la ausencia del Estado, utilizaron el terror, se apoderaron de las riquezas del país y dejaron a la mayoría de la población en un estado lamentable de ignorancia y pobreza. Como consecuencia de esto, los caudillos y los gamonales manipularon y pusieron a la mayoría a su servicio, para hacerse con el poder, a nombre de ideologías políticas que no pasaron de la abstracción, puesto que la influencia española siguió vigente hasta bien entrado el siglo XX. El concepto de ciudadanía que se desarrolló fue muy restringido, puesto que muy pocos llenaban los requisitos impuestos por la constitución y la ley.

Los distintos conflictos armados que se dieron en el siglo XIX no sucedieron, en su gran mayoría, porque el individuo del común, ese ciudadano de segunda que no podía ejercer a plenitud sus derechos civiles, políticos y sociales, estuviese pidiendo reivindicaciones sociales. Estos conflictos se dieron por el afán de los caudillos y gamonales de hacerse con el poder, utilizando a la gran masa de la sociedad para cumplir con sus fines, contrario a lo que sucede en el siglo XX, cuando el individuo con base en las ideas socialistas y en el mismo liberalismo sale a pedir la reivindicación de sus derechos.

En este momento, aun con lo garantista que es la Constitución de 1991, la participación política sigue siendo una imperfección más que impide el desarrollo a cabalidad de la ciudadanía y la democracia liberal en Colombia. Los movimientos políticos siguen teniendo su misma organización arcaica, fundamentada en liderazgos locales y regionales que no obedecen a identidades programáticas frente a los graves y grandes problemas que aquejan a la sociedad nacional o a las sociedades locales o regionales.

En una encuesta realizada por el Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz-Indepaz y la Universidad de los Andes (2016) se encontró que en Colombia no existe una activa participación de la ciudadanía y, de acuerdo con los resultados, las razones para ello serían estas: (i) los colombianos no participan en las decisiones públicas, porque en primer lugar se deben superar las condiciones de pobreza, inequidad, injusticia y violencia (garantía

de derechos fundamentales: alimentación, vivienda, salud y educación); (ii) las personas en Colombia no participan porque tienen miedo a ser asesinados, secuestrados, desplazados o masacrados por los actores del conflicto. Es decir, que no hay garantías ni políticas ni sociales para participar y, (iii) en el país la población no participa porque considera que la democracia es un asunto del gobierno y que es a este al que le corresponde tomar las decisiones para lograr la paz y la convivencia.

El desarrollo de la democracia en un país no se da por el aumento del número de participantes en las decisiones que los afectan, sino por el aumento de los espacios en los que pueden ejercer ese derecho. “Hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no sean afectados por el proceso de democratización dicho proceso no podrá considerarse realizado plenamente” (Bobbio, 2007, p. 35).

Lo preceptuado en la Constitución de 1991 se quedó en las formalidades, ya que el país sigue en manos de la oligarquía y del bipartidismo disfrazado de pluralismo político, con desarrollo de una economía de mercado. No existe una representación legítima en cabeza de los gobernantes, puesto que el abstencionismo en muchas oportunidades se sitúa por encima del cincuenta por ciento. Se esperaba que se terminara con la corrupción que es el mayor mal que aqueja a la sociedad, que se rompiera la brecha de desigualdad existente y se les mejorara las condiciones de vida a los colombianos. Ha pasado todo lo contrario, puesto que la corrupción ha aumentado y las brechas sociales también. El desarrollo del Estado social que pregona la Constitución no ha pasado de la formalidad, por ende, no se ha cumplido con los fines del Estado consignados en el artículo 2 superior (Paredes, 2001).

El deterioro que registran las instituciones del Estado en materia de credibilidad genera en los ciudadanos una desconfianza de altas proporciones que desestimula la participación. La deslegitimidad que tiene el Estado por los vicios que campean en su interior (corrupción, clientelismo, tráfico de influencias, politiquería) genera incertidumbre. En una democracia representativa de este estilo la representación popular pasa a ser un proceso a partir del cual nace imaginariamente la organización del poder y bajo el imaginario del poder soberano se reproduce la hegemonía de las elites sobre el conjunto de las clases sociales.

Así, lo plasmado en la Constitución no pasa de ser una abstracción, ya que evidentemente en Colombia existen unas condiciones de desigualdad abismales que generan unas situaciones fácticas de asimetría que impiden el efectivo ejercicio de la participación y el desarrollo de la democracia, para que esta sea una realidad.

La democracia participativa se esgrime como discurso que afianza el progreso de la política contemporánea, pero sabemos que es más una distracción que un hecho real. Esto sucede porque nosotros “sobre todo tenemos miedo de convertirnos en seres humanos pu-

ramente sociales, es decir, enteramente dependientes de un poder político del que sabemos que nunca coincide con una voluntad general, más mítica que real” (Touraine, 2000, p. 63).

6.8. Referencias

- Arango de Restrepo, G. M. y Arboleda Mora, C. A. (2005). La constitución de Rionegro y el syllabus como dos símbolos de nación y dos banderas de guerra. En L. J. Ortiz Mesa (Ed.), *Ganarse el cielo defendiendo la religión. Guerras civiles en Colombia 1840-1902*. (pp. 87-156). Editorial Universidad Nacional.
- Araújo Rentería, J. (1999). *Principios de derecho constitucional*. Editorial Mc Graw Hill.
- Barbero González, I. y Ariza, L. J. (2010). Ciudadanía más allá del Estado Nación: pertenencia y derechos en un mundo global. En Y. Soysal, R. Bauböck y L. Bosniak (eds.), *Ciudadanía sin Nación* (p. 11-109). Siglo del Hombre Editores.
- Barbero, I. (2012). *Globalización, Estado y ciudadanía*. Tirant lo Blanch.
- Bobbio, N. (2007). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116
- Colombia. Corte Constitucional. (1994, 14 de abril). *Sentencia C-180*. (Hernando Herrera Vergara, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2001a, 7 de diciembre). *Sentencia T-1337*. (Rodrigo Uprimny Yepes, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2001b, 11 de diciembre). *Sentencia C-1338*. (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2015, 8 de abril). *Sentencia C-150* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
- De Francisco, A. (2007). *Ciudadanía y democracia*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías*. Editorial Trotta.
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz y Universidad de los Andes. (2016). *Las reformas políticas en la construcción de la paz. Punto de Encuentro*. Documento sobre democracia y paz. Indepaz y Universidad de los Andes.
- Herrera. M. C., Pinilla Díaz, A. V., Infante Acevedo, R. y Díaz Soler. C. J. (2005). *La construcción de cultura política en Colombia*. Editorial Universidad Pedagógica Nacional.
- Heater, D. (2007). *Ciudadanía. Una breve historia*. Alianza Editorial.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Editorial Norma.
- López Alves, F. (2003). *La formación del Estado y la democracia en América Latina*. Editorial Norma.
- Marshall, T. H. y Bottomore, T. (2005). *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial.
- Melo, J. O. (1989). La Constitución de 1886. En *Nueva historia de Colombia*. Tomo I (pp. 1-15). Editorial Planeta.

- Melo, J. O. (2017) *Historia Mínima de Colombia*. Editorial Turner Publicaciones.
- Molina, G. (1970). *Las ideas liberales en Colombia 1849-1914*. Ediciones Tercer Mundo.
- Montaña Cuéllar, D. (1977). *Colombia. País formal y país real*. Editorial Latina.
- Navarro Díaz, L. R. (2011). *Entre esferas públicas y ciudadanía*. Editorial Universidad del Norte.
- Ocampo, L. J. (1989) El proceso político y social de la independencia. En *Nueva Historia de Colombia*. Tomo II (pp. 30-67). Editorial Planeta.
- Ocampo, J. F. (2008). *Historia de las ideas políticas en Colombia*. Editorial Taurus.
- Palacios, M. (1986). *Estado y clases sociales en Colombia*. Editorial Linotipia Bolívar.
- Palacios, M. (1999). *Parábola del Liberalismo*. Editorial Norma.
- Paredes, C. A. (2001). *Paz y democracia*. Editorial Editores.
- Pécaut, D. (1987). *Crónica de dos décadas de política colombiana 1968-1988*. Editorial Siglo XXI Editores.
- Restrepo Piedrahita, C. (2009). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Rubio Carracedo, J. (2002). Modelos de ciudadanía: liberal, republicana y compleja. En A. Hernández (Ed.), *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía* (pp. 241-262). Siglo del hombre editores.
- Touraine, A. (2000). *Crítica a la Modernidad*. Fondo de Cultura Económica.
- Trujillo Muñoz, A. (2001). *Descentralización regionalización y autonomía local*. Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. y Trujillo Muñoz, A. (comps.). (2010). *Historia constitucional de Colombia*. Editorial Academia Colombiana de Jurisprudencia.

7. Precedente judicial, seguridad jurídica, autonomía judicial y prevaricato³⁴

Sergio Iván Estrada Vélez

7.1. Introducción

Las presentes reflexiones son el resultado de un diálogo con administradores de justicia que coinciden en la necesidad de un replanteamiento del precedente judicial, de tal manera que les facilite el cumplimiento de sus funciones de administrar justicia y promueva su independencia frente a la orden de acatar un precedente cuya forma de aplicación está reflejando el paso de la obediencia ciega de la ley propia del Estado liberal al imperio del precedente en nombre de la igualdad formal y la seguridad jurídica. Basta una simple observación para determinar que, mientras a las altas cortes les preocupa la obediencia a sus decisiones, a los jueces ordinarios les preocupa la autonomía frente al precedente vinculante. No se tiene un conocimiento del precedente en la medida en que todo su significado y los problemas en su aplicación se reducen a la sola idea de la fuerza vinculante de las decisiones de las altas cortes, tanto en su razón de la decisión (*ratio decidendi*) como en su parte resolutive (*decisum*).

La importancia del precedente se asume con un alto grado de desconocimiento de la realidad judicial. A la ya compleja labor de decidir, al problema de la congestión y de la evaluación judicial, se adicionó el deber de los jueces de construir líneas jurisprudenciales como si estas ayudaran a descongestionar la administración de justicia o a tomar mejores decisiones. La realidad indica que la importancia del precedente ha conllevado una labor judicial de “copie y pegue”, a modo de criterio de legitimación por razones de autoridad. Ello es consecuencia, entre otras, de dos causas: la primera, el desconocimiento del precedente dentro del sistema de fuentes; la segunda, el temor al prevaricato. El estudio del precedente descuidó ambos temas y se centró en la forma de construcción de líneas jurisprudenciales, sin duda importante insumo para la labor del juez, pero que debería estar, en atención a la complejidad y el tiempo requerido para su elaboración, a cargo de la academia, la que debe

³⁴ El presente capítulo es un resultado del proyecto de investigación titulado “El razonamiento principal en el Estado social de Derecho colombiano”, financiado por la Institución Universitaria de Envigado.

fungir de “centro de elaboración, almacenaje y distribución” de líneas jurisprudenciales, de acuerdo con los requerimientos de los administradores de justicia.

La prueba de los vacíos que aún tienen la jurisprudencia y las distintas aproximaciones doctrinales está en las dudas relacionadas con lo que se debe entender por argumentación “clara y suficiente” como requisitos a cumplir por el juez al momento de apartarse del precedente. Se ha enseñado las razones de la obligatoriedad del precedente, cómo construir líneas jurisprudenciales, qué es *ratio*, *obiter* y *decisum*, pero no se han explicado los elementos que debe reunir una argumentación para que el juez se pueda apartar del mismo, en ejercicio de su autonomía judicial. Resulta realmente falaz la exigencia de una argumentación razonable cuando no se tiene idea básica de la noción de derecho a la luz del Estado social y constitucional. Nunca podrá el juez tener la seguridad de apartarse del precedente si no tiene idea clara de la noción de derecho que debe defender en el Estado social. En otros términos, no será posible comprender los beneficios y los peligros del precedente obligatorio sin comprender su relación con las demás fuentes del derecho y su función en el razonamiento jurídico del Estado social que impone el paso del modelo de reglas al modelo de reglas y principios.

Hay casos en los cuales el juez encuentra principios rectores de su área específica que no fueron tenidos en cuenta en las decisiones de las altas cortes que luego se convierten en precedente. Aunque estos principios se erigen en razones suficientes para apartarse del precedentes, los jueces no se atreven a hacerlo por dos razones: (i) la idea generalizada de que los principios son elementos extrasistemáticos o criterios auxiliares, forjada a instancia de la misma Corte Constitucional (C-083, 1995) y (ii) la advertencia de que si lo hacen incurren en el tipo penal del prevaricato (C-335, 2008). La preocupación actual está fincada en la obediencia al precedente, más que en las condiciones que debe reunir una decisión judicial para apartarse del mismo en aras de la protección de la autonomía y del mejoramiento de las decisiones de las altas cortes a la luz de un caso concreto.

La pugna política entre el órgano legislativo (ley) y el órgano jurisdiccional (precedente) por el protagonismo en las fuentes del derecho ha generado una pérdida del interés por los principios jurídicos, ampliamente reconocidos como normas prevalentes tanto sobre las leyes como sobre las decisiones judiciales. Los principios se erigen en criterios de validez material de las restantes normas del ordenamiento y en *ratio* o fundamento de las decisiones de las altas cortes. No obstante, la ausencia en el plano político de una defensa de los principios ha sido una de las causas principales de su desconocimiento, y ha quedado en manos de la academia, en específico de quienes asumen el estudio de la teoría, la filosofía del derecho y la principialística, la responsabilidad del posicionamiento de los principios dentro de las fuentes del derecho.

Resulta insuficiente considerar que la fuerza del precedente recae en las posibilidades que genera para adentrarse en la estructura del derecho, a través de las líneas ju-

risprudenciales que permiten determinar las subreglas de derecho constitucional (López Medina, 2000). Existe cierto optimismo al pretender que con las subreglas es posible conocer la estructura del derecho. Se podrá conocer el derecho constitucional, pero nunca la estructura del derecho en general. La línea jurisprudencial permite determinar la estructura del derecho constitucional, pero sin duda ella debe comunicarse o engranarse con los demás elementos que forman parte del ordenamiento jurídico, en especial con los principios jurídicos como límites a la discrecionalidad judicial. El precedente debe respetar los principios jurídicos como bases del derecho. Se debe observar el universo normativo más allá del precedente y empezar a construir una teoría general del derecho conforme con el Estado social o, en términos similares, buscar la constitucionalización de la teoría general del derecho.

La hipervaloración del precedente ha desviado la atención que merece un tema de igual o mayor importancia como es el de la naturaleza y las funciones de los principios jurídicos y la principialización del razonamiento jurídico, entendida como el estudio de los cambios que ha sufrido la forma de pensar el derecho con el ingreso de unas normas jurídicas denominadas principios, considerados prevalentes a las reglas, criterios de validez, límites al ejercicio de poder y partes del bloque de constitucionalidad. Sin duda no es posible una comprensión del precedente sin un estudio previo de su articulación con los principios jurídicos al ser considerados razón de la decisión. En conclusión, el estudio de la estructura del derecho constitucional se centró en la construcción de líneas jurisprudenciales para advertir en ellas la subregla constitucional, olvidando un elemento fundamental en el precedente: el principio jurídico que le sirve de base, pues es claro que la protección de los derechos fundamentales y de la primacía constitucional no se da por el precedente sino por los principios jurídicos que son el fundamento de los derechos fundamentales (Alexy, 1993, p. 25), bases del sistema jurídico (Alchourrón y Bulygin, 2006, p. 127) y normas de normas o superfuertes del derecho (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 55).

En síntesis, existe un gran desconocimiento de la teoría del precedente judicial, como resultado de la falta de una teoría general del derecho para el Estado social o una teoría del derecho constitucionalizada. Lo seguiremos afirmando: uno de los atentados más graves al Estado constitucional y social de derecho es la pervivencia de una teoría del derecho propia del Estado liberal o, lo que es lo mismo, la ausencia de un acuerdo básico acerca de lo que debe ser la teoría general del derecho en el Estado social y constitucional, lo que ha ocurrido a instancias de la academia que no ha asumido la responsabilidad de determinar los presupuestos epistemológicos que deben estar presentes en la definición, creación y aplicación del derecho a partir del ingreso del modelo político adoptado por la Constitución Política de 1991.

Si la razón de la decisión es obligatoria y está conformada por principios jurídicos, ¿cómo comprender la fuerza del precedente en medio del más profundo desconocimiento de la naturaleza y funciones de los principios en el Estado social? En términos más sencillos, el poder constituyente nos brindó un importante acuerdo político en 1991, pero los abogados, en especial los que asumimos la enseñanza de la teoría del derecho, no hemos sido capaces de protegerlo. El siglo xx terminó con un gran cambio jurídico, social y político, pero los abogados seguimos pensando el derecho bajo las pautas de la racionalidad liberal del siglo XIX, también llamada doctrina tradicional (Bulygin, 2003).

Finalmente, es necesario hacer referencia a dos circunstancias que coinciden con la elaboración de este texto: la primera, la crisis de la administración de justicia que se desea superar, por lo menos contener, a través de dos proyectos de reforma constitucional claramente atentatorios del Estado constitucional y social de derecho que buscan garantizar la seguridad jurídica a través del precedente; la segunda, el décimo aniversario de la sentencia C-335 de 2008, olvidada por la academia y los jueces a pesar de ser “el más integral de los fallos emitidos sobre precedente, por su despliegue analítico y claridad expositiva” (Quinche Ramírez, 2016, p. 78), decisión que fue resultado de dos acciones de inconstitucionalidad, una de ellas presentada por un grupo de docentes coordinados por el autor de este texto, producto de una investigación en la que se determinó el temor de los jueces al prevaricato al momento de aplicar los principios jurídicos y la necesidad de una sentencia de exequibilidad condicionada del artículo 413 del Código Penal, en el sentido de que el prevaricato se configura por infracción flagrante de la ley en sentido material o del ordenamiento jurídico.

7.2. Precedente y seguridad jurídica

Es inconmensurable el daño que le ha generado a la cultura jurídica y a la práctica judicial colombiana la ausencia de una teoría del derecho constitucionalizada, esto es, el desarrollo de una teoría general del derecho apta para el contexto del Estado social y constitucional. Desoyendo las palabras de Kelsen (1992) en su texto *¿Qué es la teoría pura del derecho?* en el que advierte la importancia de diferenciar entre la teoría pura del derecho de la teoría de un derecho puro, se enseña el derecho bajo criterios de la racionalidad propia de la dogmática jurídica del siglo XIX, representada en la noción de norma tipo reglas (recuérdese el perenne ejemplo del tipo penal del homicidio), que deben ser aplicadas del todo o nada mediante una subsunción silogística, en la idea de plenitud hermética del ordenamiento, en la jerarquía de fuentes o en la interpretación bajo las directivas establecidas en los artículos 24 y ss. del Código Civil. Ha pasado más de un cuarto de siglo y los pocos textos de teoría del derecho con los que estudian los futuros abogados parecen escritos en el marco del Estado liberal, y los

que describen la noción de derecho en el Estado social no los incluyen (Pulido Ortiz et al., 2012). La defensa del formalismo, el escepticismo frente al modelo normativo de principios jurídicos y la obediencia al precedente como garantía de la seguridad jurídica son evidencias de la presencia de una teoría del derecho ajena al Estado constitucional.

Lo anterior lo advierte López Medina al señalar que pervive una fuerte tradición de la jerarquía formal de las fuentes del derecho, “predominante entre la mayor parte de los abogados, profesores y estudiantes de Derecho en el país” (López Medina, 2006, p. 47). Ello se refleja en el concepto de seguridad jurídica que asumen muchos de los defensores del precedente, entendida como la búsqueda de la certeza, la previsibilidad o la estabilidad, desconociendo que

la defensa de la certeza de las reglas, la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones judiciales son valores del ordenamiento concebido como una unidad completa y coherente dentro de la cultura jurídica de los tiempos del Estado de derecho en sentido débil o Estado legislativo de derecho (Perea, 2017, p. 191).

Esa concepción tradicional del derecho se advierte, por ejemplo, en el proyecto de Acto Legislativo número 17 de 2018 con la propuesta de incorporar al artículo 333 superior, la seguridad jurídica y del desarrollo económico como fines del Estado y su protección a través del precedente. A su vez, el proyecto de Acto Legislativo 21 de 2018 propone proteger la seguridad jurídica a través de una gravísima reforma estructural a la acción de tutela, imponiendo un tiempo para su interposición, prohibiendo la presentación de varias acciones de tutela, disponiendo su resolución por jueces conocedores de la materia objeto de la tutela y exigiendo legitimación en la causa. Sin duda, sobre esta materia ambos proyectos son claramente inconstitucionales en la medida en que limitan garantías constitucionales en nombre de una noción de seguridad jurídica que no es coherente con el Estado social y constitucional.

¿Qué se debe entender, entonces, por seguridad jurídica? El ingreso del Estado social y constitucional de derecho representó, como se ha visto, un giro de ciento ochenta grados en el razonamiento jurídico, entendido este como la forma de definir, interpretar y aplicar el derecho. No obstante, aún se asume una idea de seguridad jurídica propia del Estado liberal iusprivatista, defensora de una autonomía de la voluntad limitada solo por la legislación civil, preocupada por la estabilidad de los contratos, entendida como la búsqueda de la certeza, previsibilidad y estabilidad como condiciones necesarias para la promoción de la confianza inversionista, el desarrollo económico y la protección de la propiedad, como si aún fuera entendida como facultad esencial a la persona (Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 1789). Esta noción de seguridad jurídica tiene por principal aliada el

imperio de la ley, al legislador como principal fuente del derecho, el modelo de reglas con una estructura lógica (supuesto de hecho, cópula y consecuencia), de aplicación subsuntiva o del todo o nada (premisa mayor, premisa menor y consecuencia), todo con el fin de generar reglas claras de juego que promuevan la autonomía de la voluntad, la inversión económica y la protección de la propiedad privada. Esta es la base del principio de legalidad formal. Pero la incorporación del modelo de Estado social y constitucional de derecho representó cambios económicos, políticos y jurídicos que necesariamente exigen una transformación de la noción de seguridad jurídica. En relación con la propiedad se destaca su función social y ecológica, se promueve una democracia sustantiva y no procedimental, se advierte el paso de la racionalidad jurídica a la razonabilidad.

La seguridad jurídica no pierde importancia, solo cambia parte de su contenido en la medida en que resulta necesario distinguir entre la seguridad jurídica en materia de competencias y procedimientos y la seguridad como razonabilidad en la aplicación de las normas jurídicas tipo reglas que hacen parte del derecho sustancial. No se puede acceder a la justicia sin orden ni seguridad, pero no se puede sacrificar aquella en nombre de la certeza y la estabilidad. ¿Qué noción de seguridad jurídica exige el modelo de Estado social y constitucional de derecho? Concretamente, ¿qué idea de seguridad jurídica debe enmarcar la construcción y empleo del precedente judicial? Al margen de los diferentes elementos que configuran la noción de seguridad jurídica, es claro que esta sufre una transformación sustancial como la ha sufrido el razonamiento jurídico.

Si el contexto político cambia (Estado liberal a Estado social, constitucional y democrático), necesariamente debe cambiar toda la dogmática jurídica y, con ella, la práctica judicial. Precisamente allí recae uno de los principales problemas de nuestra cultura jurídica: pasado más de un cuarto de siglo, no existe un acuerdo acerca de las ideas mínimas con las que se debe construir la definición de derecho en el modelo de Estado social y constitucional. Como consecuencia, se desconocen los cambios que sufre la noción de seguridad jurídica. Ya desde el año 1992, la Corte Constitucional anunciaba con la Sentencia T-406 algunos de los cambios más relevantes en el razonamiento jurídico y advertía la importancia de lograr decisiones más justas o razonables así ello representara una disminución de una seguridad jurídica soportada en la racionalidad (Restrepo Tamayo y Castaño Zapata, 2019).

No obstante, se ha creído que la “actual” crisis de la administración de justicia se supera promoviendo la seguridad jurídica en su sentido liberal, en clara contravía del Estado constitucional de derecho que tiene por norma de normas una constitución política claramente principal. El reto, bastante complejo ante la pervivencia de un formalismo empleado como medio para ocultar la incompetencia intelectual de muchos abogados, es determinar los criterios jurídicos (no axiológicos) que ayuden a la búsqueda de esa razonabilidad o a la

concreción de la justicia. Basta una observación simple de nuestro ordenamiento jurídico y de su dinámica desde el año de 1991, para concluir que nuestro derecho es un derecho por principios jurídicos, reconocidos por el mismo legislador como normas prevalentes, que tienen la función de determinar la validez de las restantes normas jurídicas, limitar el ejercicio del poder y servir de fundamento de los derechos fundamentales.

A nivel jurisprudencial, el sentido de la seguridad jurídica no es claro. Basta tomar dos importantes sentencias de la Corte Constitucional para advertir en ellas el diferente sentido otorgado a ese valor: La sentencia T-406 de 1992 y la sentencia C-131 de 1993. En la primera se indica que en la labor de aplicación del derecho es posible reducir el peso de la seguridad jurídica cuando se encuentre en tensión con la justicia;³⁵ en la segunda, se eliminó, con fundamento en una noción formal de seguridad jurídica, lo que se puede considerar como la joya de la corona en materia de control constitucional: la posibilidad de que los jueces aplicaran la excepción de inconstitucionalidad “por las circunstancias particulares del caso” frente a normas declaradas constitucionales, evento en el cual el juez podía elevar consulta a la Corte Constitucional para definir el sentido de su decisión (Presidencia de la República, 1991).

Ese importante mecanismo de control de constitucionalidad, necesario y obvio en atención al carácter general y abstracto de las sentencias de inexecutable, fue suprimido por la Sentencia C-131 de 1993 con fundamento en una noción de seguridad jurídica propia del Estado liberal,³⁶ que se reitera en la Sentencia C-335 de 2008 la Corte Constitucional en la cual se prohíbe al juez apartarse de las sentencias de executable plena y de las de executable condicionada, so pena de incurrir en prevaricato. Estas decisiones constituyen una defensa de una seguridad jurídica distinta a la noción que impone el Estado social y constituyen una grave disminución de la independencia del juez. Luego, no es tan cierto que si el juez argumenta de manera razonable puede apartarse del precedente. Estas dos sentencias abocadas al prevaricato reflejan el paso del imperio de la ley a causa de la omnisciencia del legislador, al imperio del precedente. Es claro que la noción de seguridad jurídica defendida en las sentencias C-131 de 1993 y C-335 de 2008, no coincide, por ejemplo, con la idea de seguridad afirmada en la Sentencia C-449 (1992b):

³⁵ “En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema —planteado ya por Aristóteles— de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el Derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre Derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica” (Ramírez Betancurt, 2019, párr. 40).

³⁶ Señaló la Corte Constitucional (C-131, 1993): “De otra parte, la posibilidad de aclarar” los alcances de su fallo “no sólo atenta contra la cosa juzgada, sino que es contraria a la seguridad jurídica, uno de los fines fundamentales del Derecho”.

El carácter del Estado de derecho, sin embargo, no desaparece sino que viene a armonizarse con su condición social, al encontrar en la dignidad de la persona y en el interés colectivo los puntos de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le suma la efectividad de los derechos humanos y la justicia social como elementos que cohesionan y orientan la acción del Estado (Corte Constitucional, C-449, 1992b).

Es claro, entonces, tal como venimos señalando desde hace más de dos décadas en relación con la seguridad jurídica, que la denominación de nuestro sistema político como Estado social de derecho implicó una evolución en las relaciones entre el poder y el derecho, por cuanto no se busca ahora que aquel sea limitado por una legalidad formal, sino que, además, promueva la dignidad de la persona (Estrada, 1997, p. 222). Algunas pruebas de la mutación de la noción de seguridad jurídica se encuentran en importantes instituciones como la cosa juzgada material, la noción de constitución viviente, la tutela contra decisiones judiciales, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y, una muy importante, el paso del principio de legalidad al principio de juridicidad en materia contenciosa administrativa. En resumen, la noción de seguridad jurídica se puede sintetizar como la protección de la dignidad humana bajo el imperio del ordenamiento jurídico.

En síntesis, hablar de seguridad jurídica en el Estado social y constitucional de derecho amerita un espacio más amplio, pero con relación al tema del precedente judicial es necesario tener presente:

- a. La defensa de la seguridad jurídica no puede representar una disminución de la autonomía del juez.
- b. Se debe evitar que la obediencia ciega a la ley se convierta en la obediencia ciega al precedente.
- c. La obediencia al precedente se debe enmarcar en el reconocimiento de los cambios del razonamiento jurídico: paso de la lógica racional a la lógica de lo razonable.
- d. En la construcción y uso del precedente es fundamental la distinción entre principios jurídicos y valores como elemento para limitar la discrecionalidad judicial.
- e. Es necesario construir una teoría general del derecho que se adecue al Estado constitucional.

En todo caso, la obediencia al precedente no puede representar la supresión de la autonomía del juez, la negación de la discrecionalidad necesaria para adaptar el precedente a las circunstancias del caso concreto o la aplicación acrítica de las razones del superior para determinar una solución más coherente con el ordenamiento jurídico del Estado social y constitucional. La crisis de la justicia no se supera promoviendo la obediencia al precedente sino cualificando el razonamiento jurídico que debe enmarcar la construcción

del precedente y su aplicación. No son pocos los casos en los que el precedente puede o debe ser excepcionado en un caso concreto: (i) por circunstancias sociales acaecidas con posterioridad a la sentencia; (ii) por no tener en cuenta las circunstancias del caso concreto que, de haber sido conocidas, darían lugar a una decisión distinta o, la más compleja; y (iii) por la existencia de argumentos más razonables (normas rectoras, por ejemplo) que no fueron tenidos en cuenta por el alto tribunal y que exigen una decisión distinta del juez de inferior jerarquía. En todo caso, como bien lo señala el profesor Hernel Perea (2017): “la posibilidad de identificar principios y concretizar reglas para resolver casos no expresamente regulados de manera ex ante por el Derecho permite constatar la transformación de la naturaleza de la función judicial” (p. 187).

7.3. El debate doctrinario acerca del poder vinculante del precedente judicial

Partimos de la siguiente hipótesis: no es posible un estudio del precedente judicial sin una definición previa de la noción de derecho y, en especial, de las fuentes del derecho en el contexto del Estado social y constitucional, tarea aún por desarrollarse. Algunos de los autores dedicados al tema del precedente coinciden en los cambios de la teoría tradicional, formal o liberal de fuentes con el ingreso del Estado constitucional, pero no avanzan en la formulación de esa nueva teoría. Les basta el estudio del precedente, descuidando sus relaciones con los principios jurídicos afirmados como principal razón de la decisión y límites a la discrecionalidad judicial. Se afirma la mayor importancia del poder vinculante del precedente, pero se ha dejado de lado la indiscutible mayor fuerza de los principios (no valores) que pasan de ser normas auxiliares de derecho natural a normas jurídicas prevalentes.

No conocemos una teoría integral de las fuentes del derecho apta para el contexto del Estado social, que supere el literalismo del artículo 230 superior, que acepte la clara principalización del derecho y atienda a los requerimientos del constituyente y a las necesidades políticas y sociales de Colombia. El mayor paso que se ha dado es el del reconocimiento de una reconfiguración de las fuentes “en el que se modifica el lugar del precedente judicial” (Quinche Ramírez, 2016, p. 29), dejando de lado el estudio de los principios cual normas jurídicas reconocidas como prevalentes por el mismo legislador, criterios de validez, límites al ejercicio del poder y fundamento de los derechos fundamentales. La Corte Constitucional ya advertía con la Sentencia T-406 de 1992 la mayor fuerza de las decisiones judiciales y de los principios, pero, por razones que merecerían otro estudio, el interés se centró en el precedente, descuidando los principios jurídicos. En todo caso, de asumirse que la razón de

la decisión es, generalmente, un principio jurídico, el mayor protagonismo en las fuentes del derecho no puede estar solamente en el precedente.

La doctrina coincide en afirmar la necesaria modificación del modelo tradicional de fuentes pero, a renglón seguido, se dedica principal o exclusivamente al precedente judicial, sin que se desarrolle una teoría general de las fuentes en la que se demuestre, por ejemplo, la articulación entre las decisiones judiciales y los principios jurídicos, entre la ley y los principios jurídicos, la razón de la decisión y los principios jurídicos y, de igual importancia, la naturaleza y funciones de los principios jurídicos en el Estado constitucional colombiano. Si los principios jurídicos son el paradigma normativo en el Estado constitucional, resulta extraño el desinterés por explorar y desarrollar una teoría de principios jurídicos que ayude al fortalecimiento del Estado social y constitucional en la medida en que con ellos se limitará tanto al legislador como al juez. La ruta está demarcada: del absolutismo se pasó al imperio de la ley, del imperio de la ley al imperio del precedente, el siguiente paso es el imperio de un derecho representado por principios jurídicos a los cuales debe obediencia tanto el legislador como el juez. La defensa de los principios no es el resultado de una posición personal o de alguna escuela en particular, sino una necesidad política y social que no se ha querido advertir en Colombia.

Con el riesgo de olvidar algunos importantes trabajos dedicados a la obligatoriedad del precedente judicial, haremos alusión a algunos de ellos con el propósito de advertir que deben ser complementados por una teoría general del derecho constitucionalizada. Es claro que el interés de los autores en el tema del precedente ha generado un descuido frente a la necesidad de construir una teoría general del derecho para el contexto colombiano. Inicialmente, abordaremos el texto llamado El Precedente Judicial en Colombia del tratadista Javier Tamayo (2012), quien abandera una posición crítica frente al tema del precedente, a pesar de que parte de un concepto de derecho muy distinto al que exige el Estado constitucional y social. No se le pueden desconocer, sin embargo, unos importantes aportes:

- a. Su puntual y fuerte crítica a los peligros que se derivan de la amenaza a los jueces de incurrir en prevaricato si se apartan del precedente.
- b. Atina al preocuparse por un activismo judicial derivado de una jurisprudencia de valores.
- c. Es preciso en su crítica al carácter omnisciente y omnipotente de las decisiones de las altas cortes.
- d. Puntualiza una crítica al neoconstitucionalismo axiológico que hace de los valores criterios de validez material.
- e. Acierta en las dificultades que tiene el operador jurídico al momento de diferenciar una razón de la decisión de un dicho al paso.

- f. Advierte la contradicción existente al señalar que el juez está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pero se le prohíbe apartarse de una sentencia de exequibilidad condicionada o de exequibilidad plena.

De igual manera, consideramos que otras críticas no son precisas por las siguientes razones:

- a. Analiza el precedente judicial a partir de una interpretación literal, y por ello insuficiente, de uno de los artículos más complejos de la Constitución Política: el 230 superior.
- b. Hace mención reiterada al principio de legalidad sin analizar la conversión de dicho principio en el de juridicidad con el ingreso del Estado constitucional.
- c. Olvida algo básico y que es común en muchos otros autores: la diferencia fundamental entre principios jurídicos (normas jurídicas) y valores (normas morales). Su crítica es pertinente frente a una jurisprudencia axiologizante, pero no frente a una jurisprudencia basada en principios jurídicos.
- d. Omite la distinción entre precedente constitucional o de casación cuando señala que un precedente no puede ser obligatorio y auxiliar al mismo tiempo.
- e. Emplea reiteradamente el artículo 230 superior, prescindiendo de directivas básicas de interpretación como la sistemática, la histórica y la teleológica subjetiva (voluntad del constituyente).
- f. Reitera la claridad del texto del artículo 230 superior, olvidando los problemas de la Constitución como texto político que exige un rigor extremo al momento de su interpretación por presentar incoherencias, antinomias y vacíos.
- g. Refleja un frágil conocimiento de la teoría del derecho, de la filosofía del derecho y de teoría constitucional que exige el Estado colombiano.
- h. Se soporta de manera reiterada en citas de Robert Alexy (quien asume una noción fuerte-débil de principios) sin analizar su pertinencia a la luz del contexto colombiano (que exige una noción de principios fuerte-fuerte). Sobre esta distinción fuerte-débil y fuerte-fuerte.³⁷
- i. Olvida la diferencia entre principios morales y principios jurídicos, reconocidos estos por todos los positivistas.
- j. Su crítica al precedente es falaz al atacar lo que no existe; esto es, se preocupa por una jurisprudencia de valores, pero no se conoce la primera sentencia de exequibilidad o inexecutable soportada únicamente en valores como criterios de constitucionalidad.

³⁷ Véase “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad” (Estrada Vélez, 2010).

- k. Se afirma como fiel defensor del orden jurídico del Estado social de derecho, pero construye ese orden a partir de una idea liberal de fuentes del derecho y de una interpretación gramatical del artículo 230 superior.
- l. Afirma la posibilidad, igualmente inexistente, de que un juez se aparte del precedente solo por considerarlo injusto.
- m. Reitera la importancia de una interpretación a partir del *núcleo semántico esencial de la norma*, pero no explica qué entiende por ello. Ese concepto de *esencial* recuerda la falacia iusnaturalista que afirma que solo es derecho lo que es justo.

Igual mención debe hacerse al trabajo del profesor Diego López Medina (2006), sin duda uno de los más aportantes para el conocimiento y promoción de un razonamiento jurídico adecuado al contexto del Estado constitucional de derecho colombiano. En las ediciones de su obra *El derecho de los jueces* refleja claramente lo que hemos mencionado: interés por el estudio del precedente judicial, pero insuficiencia frente al desarrollo o análisis de una teoría general de las fuentes del derecho adecuada al contexto colombiano. Una razón de ello es clara: la mayor importancia social, política y jurídica que ha merecido las decisiones de las altas cortes y el menor interés por el estudio de los principios como fundamento de validez de esas decisiones y medios de control de la discrecionalidad judicial. Nos permitimos compartir las siguientes observaciones a su teoría del precedente judicial, ya anunciadas en nuestro texto *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad* (Estrada Vélez, 2005).

- a. La obra se constituye en una muy buena defensa del precedente judicial, pero no advierte los peligros de su empleo ilimitado, que puede conducir a la usurpación de las potestades democráticas conferidas al legislador a partir de la determinación de una *ratio* que puede esconder la voluntad del decisor antes que la del derecho. Ello ocurre con el uso de una jurisprudencia de valores que sustituye la juridicidad por la justicia, debilitando el Estado social y constitucional de derecho.
- b. Una pregunta que queda sin resolver es la referida a la causa del valor de la jurisprudencia: ¿la jurisprudencia vale en virtud del órgano -de expedición (criterio orgánico o formal) o por el contenido o ratio de la decisión (criterio material)? Si el valor de la jurisprudencia radica en la naturaleza de la *ratio*, se debe acudir a un estudio interno o, en términos kelsenianos, a un estudio estático de la jurisprudencia, dirigido al problema de la determinación de las mejores razones, siendo las principales los principios jurídicos. Es cierto que el autor dedica un capítulo al “análisis estático del precedente”, pero, se insiste, en ese análisis es necesario el estudio, con auxilio de la filosofía, de la noción de los principios como principal argumento decisorio en la función jurisdiccional. Si la ratio es el principio o, más precisamente, si los principales argumentos que se

constituyen en ratio son argumentos de principio, se debe determinar la noción de ellos en el contexto del Estado constitucional.

López Medina (2006, pp. 239-260) resalta que los pasos para encontrar la *ratio decidendi* de una sentencia propuestos por Arthur Goodhart y acogidos por la Corte Constitucional pueden ser de utilidad en fallos de tutela pero insuficientes con relación a las sentencias de constitucionalidad abstracta en las que no se advierten hechos concretos. Esos criterios resultan insuficientes, pues se formulan en el contexto del realismo jurídico que reivindica un decisionismo en ocasiones lesivo de principios básicos del sistema democrático. No es igual determinar el principio de un caso (el que va a gobernar el caso definido por el juez) que el principio general del derecho aplicable al caso (definido previamente por el ordenamiento jurídico).

Los diferentes criterios empleados por la Corte Constitucional para determinar con “precisión” la *ratio decidendi* son insuficientes en la medida en que no dan cuenta de los complejos problemas que encierra la noción de principios. Señala López Medina:

Los criterios que da la Corte para identificar con precisión la *ratio decidendi* de una sentencia de constitucionalidad son variados. *La ratio decidendi*, según formulaciones alternativas que ha dado la Corte Constitucional al respecto, son aquellos apartes (i) que establecen el principio general de la decisión tomada (SU-047/99), (ii) que guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la Sentencia (C-131/93) o (iii) que están íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la Sentencia (C-038/96) (López Medina, 2006, p. 219).

No es posible profundizar en esos criterios, pero se debe recordar la incipiente, y en ocasiones contradictoria, teoría de los principios expuesta por nuestra doctrina y jurisprudencia.

- c. El autor explica el valor de la jurisprudencia aludiendo a su cuaderno de “Introducción al derecho” (López Medina, 2006, p. 266), pero precisamente un estudio interno o estático de la jurisprudencia, tal como él mismo sugiere, exige acudir no solo a textos de introducción al derecho sino, adicionalmente, a textos de filosofía del derecho. Esto es, resulta compleja una descripción integral de la jurisprudencia al margen de los múltiples aportes que desde la filosofía del derecho se pueden realizar, para los cuales es un tema fundamental la noción de principios y valores constitucionales en la determinación de la *ratio decidendi*.
- d. Es importante una revisión del entendimiento dado por el profesor López Medina (2006, p. 279) a la noción de norma de cerramiento universal del derecho positivista explicada por Bobbio.

En tercer lugar, Gény rechazaba de entrada un elegante argumento, luego reformulado en las teorías positivistas de Kelsen y Bobbio, según el cual el derecho era pleno, no

ya porque regulara todos los casos posibles puestos a su decisión, sino porque el sistema jurídico contiene una “norma de cerramiento universal” del sistema, según la cual todo aquello que no esté expresamente regulado (usualmente en el sentido de prohibir o limitar el ejercicio de una facultad) en una norma expresa debe entenderse como una permisión incondicional. Esta solución al problema de los vacíos constituye, además, una pieza fundamental de las concepciones liberales clásicas del derecho y, por tanto, ha sido defendida con ahínco por sus ideólogos de todos los tiempos (López Medina, 2006, p. 279).

Luego de una lectura a los textos de Bobbio se advierte una oposición y no una defensa (como lo da a entender el profesor López) a la mencionada cláusula de cierre. Es cierto que Bobbio menciona dicha cláusula de cierre (también denominada cláusula general exclusiva), pero seguidamente advierte los serios inconvenientes de su empleo para determinar las relaciones entre la cláusula general exclusiva y las cláusulas particulares inclusivas (las leyes).

Pero esta teoría de la norma a general exclusiva también tiene su punto débil. Lo que dice lo dice bien y con apariencia de gran rigor, pero no lo dice todo. No dice que en un ordenamiento jurídico generalmente no solo existe un conjunto de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva que las acompañe, sino también un tercer tipo de norma, que es inclusiva como la primera y general como la segunda, y que podemos denominar norma general inclusiva... si frente a una laguna aplicamos la norma general exclusiva, el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; si aplicamos la norma general inclusiva, el caso no regulado se resolverá de modo idéntico al regulado. Como se ve, la consecuencia de aplicar una u otra norma general es bien diferente, y, por tanto, son opuestas. Y la aplicación de una o de otra norma depende del resultado de la indagación sobre el hecho de si el caso no regulado es similar o no al regulado. Pero el ordenamiento, en general, no dice nada sobre las condiciones con base en las cuales dos casos pueden ser considerados como similares. La decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete y, por consiguiente, a él corresponde también la decisión de aplicar la norma general exclusiva en caso de laguna y, por tanto, excluir el caso no previsto de la regulación del caso previsto, o bien, aplicar la norma general inclusiva y, consecuentemente, incluir el caso no previsto en la regulación del caso previsto. En el primer caso se dice que opera el *argumentum a contrario*, en el segundo, el *argumentum a simili* (Bobbio, 1991, pp. 235-236).

- e. Reconoce el ingreso de los principios en la teoría que representa el nuevo derecho, pero no analiza la relación de esas normas con el precedente judicial. Quedan en el aire preguntas como: ¿qué conocimiento tienen los jueces acerca de los principios? ¿Por qué aún tienen temor al prevaricato al momento de aplicar los principios? ¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en relación con la naturaleza y funciones de los principios jurídicos? ¿Si la razón de la decisión puede ser un principio, qué naturaleza,

funciones y fuerza normativa tiene ese principio? ¿Es adecuado el sentido dado por la Corte Constitucional a la expresión “principios generales del derecho” en el artículo 230 superior; son normas morales, jurídicas, criterios de validez o criterios auxiliares de la actividad judicial?

- f. El autor propone la construcción de líneas jurisprudenciales como “estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisonal” (López Medina, 2006, p. 56). Sus beneficios son evidentes, pero pasó inadvertido que en medio de un contexto en el que la congestión judicial es uno de los principales problemas es imposible que el juez dedique tiempo a su elaboración. Por ello resulta extraña, casi inexistente, una sentencia proferida por jueces ordinarios o de inferior jerarquía que sea el resultado de una línea jurisprudencial.
- g. La construcción de líneas jurisprudenciales no resuelve el problema del juez de tener que decidir a partir de la existencia de sentencias contradictorias proferidas por las altas cortes, también llamado choque de trenes.
- h. Igualmente, la línea jurisprudencial no arroja elementos para evaluar el rigor argumentativo de las decisiones de las altas cortes, que en ocasiones también pueden ser contradictorias. Esto es, la línea jurisprudencial invita a obedecer, pero no a analizar críticamente las razones de la decisión.
- i. La construcción de la línea jurisprudencial no permite distinguir las razones del obediencia al precedente: el respeto legítimo por un precedente consolidado a partir de una argumentación adecuada para el ordenamiento jurídico, el temor a contradecir a una alta corporación o el facilismo que genera el uso de un argumento de autoridad.
- j. Finalmente, la teoría del precedente no ayuda a resolver la tensión entre la posibilidad de apartamiento del precedente y la amenaza de investigaciones por prevaricato.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la doctrina debería proponerse elaborar una teoría general de las fuentes del derecho en la que demuestre la relación del precedente con las restantes fuentes del derecho.

7.4. La carga de la argumentación suficiente y adecuada como presupuesto para apartarse del precedente

Se afirma, a modo de regla general, que el precedente es obligatorio para los jueces de inferior jerarquía quienes excepcionalmente pueden, salvo en sentencias de exequibilidad plena y de exequibilidad condicionada, abandonarlo si asumen una carga de argumentación “suficiente y adecuada”. Acá surge uno de los problemas más complejos en materia de precedente: existen

pocos estudios acerca de lo que se debe entender por argumentación “suficiente y adecuada”. Ello nos remite a una idea mínima de lo que es la argumentación y el objeto sobre el cual recae: la noción de derecho en el Estado social. En términos muy generales, se puede definir la argumentación como un método dirigido al cumplimiento de dos propósitos básicos: garantizar el debido proceso y limitar la discrecionalidad judicial o libertad decisoria del juez, en medio de un contexto de constitucional que le otorga la posibilidad de usar principios y valores.

La argumentación es la garantía de una recta administración de justicia en la medida que exige que el juez exteriorice todas las razones jurídicas, fácticas y axiológicas que sirven de fundamento a su decisión. Toda decisión judicial debe ser argumentada y esa argumentación debe ser razonable. Pero ¿qué se entiende por argumentación suficiente y adecuada? Es imposible determinar la razonabilidad de una argumentación cuando no se tiene claridad de los aspectos básicos de la definición de derecho en el Estado social y constitucional. Si el juez no comprende los cambios en la seguridad jurídica, en la noción de legalidad, si no reconoce la naturaleza jurídica y prevalente de los principios, en general, si no comprende los cambios que ha sufrido el derecho, ¿cómo se va a evaluar la razonabilidad de una decisión? Si la argumentación se asume como un método, ¿cómo aplicarla sin tener claridad acerca del objeto sobre el cual recae (noción de derecho en el Estado constitucional)? No hay duda de que la aplicación del precedente y las posibilidades del juez de apartarse de él dependen de la claridad que tenga el juez del derecho que debe defender en el Estado social.

Una argumentación razonable debe partir de una definición de los aspectos básicos que compone la noción de derecho en el marco del Estado constitucional, labor que aún no se ha emprendido. La crisis de la administración de justicia no se supera obligando al juez a obedecer el precedente sino exigiéndole decisiones de mayor “calidad”, coherentes con el Estado social, y otorgándole herramientas que le permitan encontrar la argumentación suficiente y adecuada para apartarse de una decisión de una alta corte. El asociado no solo quiere pronta sino correcta administración de justicia. No es un asunto de eficiencia sino de calidad, la que se ve claramente afectada cuando no se tiene claridad de los aspectos básicos que conforman la noción de derecho en el Estado social y constitucional. Para poder argumentar de manera razonable se requiere una noción de derecho razonable, la que sea adecuada para el contexto sociopolítico exigido por el Estado social.

7.5. Análisis de la Sentencia C-335 de 2008. El abandono del precedente inconstitucional y el prevaricato

Finalmente, merece especial atención esta sentencia considerada fundamental para la comprensión del precedente. Es resultado de una acción de inconstitucionalidad presentada en

contra del artículo 413 del Código Penal, con el propósito de lograr la expedición de una sentencia interpretativa en la que se entendiera que la expresión “manifiestamente contraria a la ley” significa manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico. Surge como consecuencia de una investigación titulada Los Principios Jurídicos en el ejercicio de la función jurisdiccional en Colombia, efectuada por el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín en el año 2005, en la que se determinó que los jueces temen al prevaricato en la aplicación de principios por considerarlos normas extrasistemáticas. Resulta paradójica la existencia de un temor frente a la aplicación de los principios jurídicos cuando son el principal paradigma normativo en el Estado constitucional y social de derecho.

Esta decisión, poco conocida, se erige en una de las principales herramientas para eliminar el temor al prevaricato presente en muchos funcionarios jurisdiccionales y administrativos, en la medida en que, en su parte considerativa, claramente indica que por ley se debe entender ordenamiento jurídico. De esta manera, los funcionarios están obligados por todo el conjunto de normas jurídicas como las reglas, los principios, los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, entre otras. Para el caso del precedente, se debe analizar el siguiente párrafo:

Así las cosas, una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política, es decir, del artículo 243 Superior. En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva (Corte Constitucional, C-335, 2008).

Es necesario resaltar del anterior texto dos aspectos:

a. La prohibición de que los jueces apliquen la excepción de inconstitucionalidad con relación a leyes declaradas exequibles. Se olvida que el control constitucional se desarrolla en abstracto, esto es, al margen de un problema concreto; es un proceso de comparación entre textos dirigido a determinar la coherencia del texto normativo de inferior jerarquía con el texto constitucional. En este juicio, la Corte Constitucional no tiene en cuenta las circunstancias de un caso concreto, salvo el tema de la inexistencia de cosa juzgada por presencia del derecho viviente, lo que le imposibilita conocer de situaciones que, de haber sido tenidas en cuenta, quizás hubieran motivado una decisión diferente. La sentencia de exequibilidad tie-

ne las mismas características de una ley: es una norma general, abstracta e impersonal que debe ser aplicada a un caso concreto en el que hay elementos que no fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional y que deben ser aplicados por el juez. Ocurre, por ejemplo, cuando el juez advierte en un caso concreto que la Corte omitió razones de gran importancia para el resultado del control, como serían los principios rectores de su área específica,³⁸ pero la advertencia de incurrir en prevaricato impide en muchas ocasiones al juez cumplir con su deber de administrar justicia.

b. La prohibición, en las sentencias interpretativas, de que el juez otorgue una interpretación distinta a la adoptada por la Corte Constitucional. Este caso no es menos delicado que el anterior, en la medida en que en nombre de la seguridad jurídica se evoca la máxima racionalidad y perfección en la decisión judicial adoptada por la Corte Constitucional. Según esto, la Corte le atina al sentido que debe tener un enunciado jurídico y los demás sentidos se descartan. Con ello se suprime de raíz la obligación del juez de interpretar los enunciados a la luz del caso concreto. La Corte Constitucional no conoce el caso específico ni los efectos que pueden generar sus decisiones en casos concretos, pero le exige al juez que aplique sus sentencias al margen de las consecuencias. En otros términos, un enunciado tiene varios sentidos según el contexto, pero la Corte Constitucional tiene el atributo de fijar un único sentido al margen del caso concreto. Esto representa una grave afectación de la autonomía judicial y evidencia el paso de la obediencia ciega a la ley a la obediencia ciega al precedente. Hay que decirlo, son pocos pero importantes los casos en los que las decisiones de la Corte Constitucional pueden representar, por el paso del tiempo, por no tener conocimiento de las circunstancias sociales concretas o por omitir argumentos de mayor importancia, una infracción a la Constitución Política. Es en esos casos en los que una teoría del precedente que exige la obediencia a la decisión superior puede afectar el cumplimiento del deber de administrar correcta justicia. Con todo, estamos en presencia del *dura lex sed lex* al *dura iurisprudencia sed iurisprudencia*.

Evidentemente ha sido la misma Corte Constitucional, que debe defender la autonomía judicial como principio fundamental para el Estado de derecho, la promotora de un obe-

³⁸ Es el caso de la aplicación de la llamada Excepción de Principialidad o Excepción de Prevalencia Principial que consiste en la aplicación prevalente de los principios rectores de cada área sobre las demás normas, principios que no pueden ser empleados como parámetros de constitucionalidad al estar consagrados en la ley. Esto exige repensar el control de constitucionalidad difuso en la medida que debe incorporar los principios rectores considerados normas materialmente constitucionales. Debe ser citado un caso de importancia para la teoría del control constitucional en el que un juez ejerció un control complementario al de la Corte Constitucional a través de la aplicación de principios no tenidos en cuenta por la alta corporación por lo que procedió a inaplicar una ley ya declarada exequible (Sentencia de 5 de diciembre de 2012 del Juzgado 016 Penal del Circuito con funciones de conocimiento. Rad. 050016000206201250437).

decimimiento acrítico de su precedente judicial en nombre de una noción de seguridad jurídica que no corresponde al Estado social.

Es largo el camino que se debe recorrer para lograr una comprensión del precedente adecuado para las exigencias que se le imponen al juez en el Estado constitucional y social de derecho, quien se ve en la paradoja de tener que administrar justicia y, al mismo tiempo, obedecer un precedente que en ocasiones no se ajusta al caso concreto, no ofrece razones suficientes o debe variarse por el cambio de las circunstancias sociales. Ello ocurre frente a las sentencias de exequibilidad plena o condicionada; el juez no puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a una norma declarada exequible ni puede otorgarle al enunciado un sentido distinto al que señaló la Corte Constitucional. El temor al prevaricato y la noción liberal de seguridad jurídica han desnaturalizado la función del precedente judicial.

7.6. Conclusiones

No es posible el desarrollo teórico y práctico del precedente judicial sin una previa formulación de la teoría general del derecho que exige el Estado social y su respectiva articulación con las restantes fuentes del derecho. En otros términos, con el precedente se ha tratado de armar el rompecabezas del razonamiento judicial sin tener en cuenta otras importantes piezas del derecho, por ejemplo, la relación de las decisiones de las altas cortes con los principios jurídicos que fungen de razón para la decisión.

No se puede ocultar la importancia del precedente como elemento cohesionador de la función judicial, garante de la igualdad y la seguridad jurídica, pero su obediencia irrestricta puede generar una afectación de la autonomía judicial en la medida en que el juez pasará de una obediencia ciega a la ley a la obediencia al precedente.

La obediencia al precedente debe estar soportada en criterios de saturación argumentativa, esto es, en el peso de la decisión por la calidad de los argumentos de la decisión y no por la mayor jerarquía del órgano que expide la decisión.

La noción de seguridad jurídica y su relación con el precedente judicial deben someterse a un análisis a partir del razonamiento que impone el contexto del Estado social y constitucional de derecho.

El precedente expedido en fase de control constitucional abstracto escapa a la posibilidad de analizar las distintas alternativas que arroja un caso concreto y que solo pueden ser conocidas por el juez ordinario, pero en este caso el juez no puede apartarse por temor a incurrir en prevaricato. En nuestro entender nunca debería configurarse dicho tipo penal por hacer efectiva la responsabilidad de adaptar las decisiones generales a los casos concretos.

7.7. Referencias

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2006). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Civitas.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Debate.
- Bulygin, E. (2003). Los jueces, ¿crean derecho? *Isonomía*, (18), 8-20. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100001&lng=es&nrm=iso
- Colombia. Corte Constitucional. (1992a, 5 de junio). *Sentencia T-406* (Ciro Angarita Barón, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1992b, 13 de agosto). *Sentencia C-449* (José Gregorio Hernández Galindo, M. P. y Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1993, 1 de abril). *Sentencia C-131* (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1995, 1 de marzo). *Sentencia C-083* (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2008, 16 de abril). *Sentencia C-335* (Humberto Sierra Porto, M. P.).
- Colombia. Presidencia de la República. (1991, 4 de septiembre). *Decreto 2067. Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*. Diario Oficial N.º 40 012.
- Estrada, S. (1997). *Hacia un nuevo concepto de seguridad jurídica a la luz de los valores consagrados por la Constitución Nacional de 1991*. Diké.
- Estrada Vélez, S. (2005). *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Universidad de Medellín.
- Estrada Vélez, S. (2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*, (121), 77-112. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.pdf>
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Legis.
- Perea, H. (2017). La naturaleza de la función judicial a partir de la sentencia C-083 de 1995: entre creación y aplicación judicial del derecho. En N. Govea (Ed.), *Reflexiones sobre la Constitución mexicana* (pp. 186-204). Res Pública.
- Pulido Ortiz, F. E., Sanabria Martínez, L., Burgos Casas, J. C. y Ramírez, G. L. (2012). Aproximaciones a las inconsistencias teóricas del Estado social de derecho. *Novum Jus*, 6(1), 97-114. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/673>
- Quinche Ramírez, M. F. (2016). *El precedente judicial y sus reglas* (2.ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Restrepo Tamayo, J. F. y Castaño Zapata, D. (2019). *Ciro Angarita Barón y el nuevo orden constitucional. Dereitos Fundamentais & Democracia*, 24(1), 26-46. <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1316>
- Tamayo, J. (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Ed. Ibáñez.

8. Relación jurídica y fáctica entre el derecho a la alimentación y el cambio el climático³⁹

Fernando Carlos Terreros Calle

8.1. Introducción

La presente investigación busca definir los conceptos jurídicos de derecho a la alimentación y cambio climático, y luego relacionarlos; en el sentido de precisar la forma en que el derecho fundamental a la alimentación puede verse afectado por el cambio climático y cómo la producción de algunos alimentos aporta al calentamiento global y al cambio climático.

Para ello se hizo una revisión de los conceptos de cambio climático y derecho a la alimentación, intentando establecer sus categorías jurídicas y sistematizando la información con el fin de encontrar la manera en que se relacionan estos conceptos; uno de ellos, el cambio climático, bastante estudiado por las ciencias naturales, y el otro, el derecho a la alimentación, estudiado desde la ciencia del derecho.

Primero se estudia el derecho a la alimentación como derecho fundamental, relacionándolo con la dignidad humana y con el mínimo vital, para proponer la idea de que un elemento de la dignidad humana es precisamente tener un mínimo vital de alimentos diarios que garanticen una nutrición adecuada, en el contexto del Estado social de derecho. Luego se revisa el fenómeno del cambio climático y su gradual incremento desde la industrialización y la modernidad, haciendo énfasis en la manera en que la agricultura y la ganadería aportan sustancialmente al calentamiento global, lo cual produce a la postre desastres naturales que afectan los derechos fundamentales de las comunidades más vulnerables a sequías e inundaciones.

Estas emergencias ambientales y los desastres, que deben ser atendidos por el Gobierno nacional a través del Sistema Nacional Ambiental (SINA), generan unos costos para el Estado.

Estos temas novedosos aportan al desarrollo del derecho constitucional de los derechos humanos y al derecho administrativo, que es el encargado de garantizar en la práctica los derechos fundamentales; por esta razón, a pesar de que en Colombia los temas relacionados

³⁹ Este producto se deriva de etapas de investigación del proyecto central de mi investigación en el Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín sobre el derecho a la alimentación de migrantes ambientales.

con el cambio climático y con el derecho a la alimentación han venido siendo cada vez más frecuentes en los colegios, las universidades, los medios de comunicación y en las agendas de muchos grupos sociales, hay escasos trabajos en los que se relacionen estos dos conceptos: cambio climático y derecho a la alimentación.

Una de las actividades humanas que guarda intensas relaciones de causa y efecto con el cambio climático es la producción de alimentos (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012). Estos cambios no solo afectan el clima global, también afectan ecosistemas naturales que son indispensables para la producción agrícola y nuestra subsistencia.

El cambio climático y el derecho a la alimentación son las dos caras de una misma moneda y deben ser tratados en conjunto. Hacerlo aisladamente difícilmente contribuiría a la solución de los problemas que se generan en su entorno, pues los cambios climáticos producen alto impacto en la alimentación y algunas prácticas de producción de alimentos afectan también al medio ambiente.

Las cifras son desalentadoras. Por ejemplo, la tercera parte del CO₂ emitido por las actividades humanas permanecerá en la atmósfera durante milenios, con su efecto de calentamiento atmosférico durante todo ese tiempo (Molina et al., 2017). Solo para mencionar un ejemplo, en cuanto a alimentación, podemos decir que en el mundo el número de personas hambrientas ha superado los mil millones, la población sigue creciendo y alcanzará a mitad de este milenio los 9000 millones de bocas qué alimentar, el cambio de patrones alimentarios en los países emergentes incrementa la presión sobre la demanda global de alimentos; más de un tercio de los alimentos producidos para el consumo humano se pierden, la producción de agrocombustibles compite con la producción de alimentos y la especulación financiera con materias primas alimentarias refuerza la volatilidad del precio de los alimentos y agrava la crisis alimentaria (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012).

Por estas razones nos hemos planteado como objetivos para desarrollar en el presente trabajo: sistematizar los conceptos jurídicos del derecho a la alimentación con la intención de lograr una comprensión más clara de su alcance, definir el concepto de cambio climático y los elementos que lo conforman y establecer la influencia del cambio climático en el derecho a la alimentación para identificar las principales afectaciones a la seguridad alimentaria.

8.2. Derecho a la alimentación

Aunque el derecho a la alimentación no está expresamente consagrado como un derecho fundamental, entendemos que en efecto lo es, no solo porque alimentarse es esencial para vivir y en este sentido podríamos asociarlo en conexidad con la vida, sino porque alimentarse

deficientemente conduce a una subsistencia precaria y, consecuentemente, a la vulneración directa del derecho a vivir en condiciones dignas, a vivir bien.

Esta falta de regulación hace que la Constitución no refleje la realidad social, dejando sin herramientas jurídicas a las poblaciones afectadas por el cambio climático en lo que tiene que ver con la realización efectiva del derecho a la alimentación. En palabras del profesor López Cadena (2015), la falta de conexión entre las disposiciones constitucionales (por ejemplo, los derechos) y la realidad constitucional es un reto por subsanar que se encuentra en proceso de desarrollo.

Por esta razón plantaremos inicialmente su relación con la dignidad humana y con el mínimo vital, para luego establecer la diferencia que existe entre ver al derecho a la alimentación como un derecho fundamental o como un derecho social fundamental (Arango, 2005).

8.2.1. Derecho a la alimentación y dignidad humana

Para la Corte Constitucional de Colombia la protección de la dignidad humana no puede mirarse como contenidos abstractos sino concretos, es decir en contextos reales en los que se mueve el ser humano en la cotidianidad de su vida y los retos que esta imponga o la forma en que se relacione con los demás individuos. Esto favorece el reconocimiento del derecho a la alimentación en casos individuales en los que se estudien circunstancias particulares de un individuo que se encuentra en condición de debilidad manifiesta (Corte Constitucional, T-881, 2002).

Encontramos entonces que el derecho a la alimentación tiene profundo arraigo en la dignidad humana (Terreros Calle, 2018), cuya conceptualización ha sido objeto de estudios y análisis que contribuyen a su definición. Para Peces-Barba (2006) es la base de la ética pública de la modernidad, realizada socialmente a través del derecho en diversos ámbitos.

Se habla del derecho a la alimentación básica y adecuada porque es lo mínimo que debe recibir un ser humano que viva en sociedad dentro del modelo de Estado social de derecho. Además, es un presupuesto esencial de supervivencia. Consideramos que el derecho a la alimentación es un derecho fundamental por sí mismo, dada su relevancia y, como tal, debe emanar de la dignidad humana considerada como principio fundante del Estado social de derecho, ya no como derecho fundamental a vivir en ciertas condiciones (Corte Constitucional, T-881, 2002). Su fundamentalidad conlleva medidas que permiten respirar un ambiente sano en el marco constitucional, en donde gozar del derecho al medio ambiente o acceder al agua. Afirma la profesora Restrepo Yepes (2009):

La Constitución Política de Colombia consagra un ‘derecho alimentario’, al hacer de manera explícita en varias disposiciones referencias a un ‘subsidio alimentario’ para las

embarazadas y la madres que estuvieren desempleadas o desamparadas (artículo 43), el derecho fundamental de los niños a 'la alimentación equilibrada' (artículo 44), el 'subsidio alimentario' para las personas de la tercera edad en caso de indigencia (artículo 46), al ordenar la especial protección del Estado para la 'producción de alimentos' y la promoción de 'la investigación y la transferencia tecnológica para la producción de alimentos' (artículo 65), así como, en términos más generales, la condiciones posibles de reglamentación del 'crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios' (artículo 66) (p. 119).

8.2.2. Derecho a la alimentación y al mínimo vital

La Corte Constitucional (2011a) estableció en la Sentencia T-518 de 2011 que el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana. Los pronunciamientos judiciales que por esta vía protegen el derecho a la alimentación como derecho fundamental son casos puntuales; lo que demuestra que dogmáticamente no está bien fundamentado y construido el concepto de derecho fundamental a la alimentación para todos los seres humanos y que los jueces no han avanzado en su desarrollo, por lo que se hace indispensable proponer una nueva vía que permita la protección efectiva de este derecho.

El artículo 53 de la Constitución Política, en el que se fundamenta el mínimo vital, se encuentra ubicado en el Capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales y no se incluye dentro del catálogo de derechos enunciados por el artículo 85 superior, es decir, los derechos de protección inmediata, por tanto, su fundamentalidad se soporta en relación de conexidad con el principio fundante de la dignidad humana y los derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital.

La realización de este tipo de derechos es progresiva, esto es, tienen un contenido programático cuyo desarrollo se concreta a través de políticas públicas o en palabras de Sen (2002) son metaderechos.

Para la Corte Constitucional (1995b), los derechos prestacionales en determinadas situaciones generan un derecho subjetivo, esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través

de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública, simples metas de la gestión estatal. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque, precisamente, son solo un programa de acción estatal, una intención institucional.

La posición que se plantea en el problema de investigación es que una vez establecido doctrinariamente que el derecho a la alimentación es un derecho fundamental, la garantía de su realización por parte del Estado está íntimamente relacionada con la concepción antropológica del Estado colombiano cuya fuente de derechos es el principio de la dignidad humana, no mirada como valor ni como derecho fundamental sino como principio (Corte Constitucional, T-881, 2002).

En consecuencia creemos importante conocer en la cuestión que se aborda si es posible que se garantice la efectividad del derecho a la alimentación como un mínimo vital para individuos en condiciones de vulnerabilidad, especialmente en contextos de emergencias por cambio climático, sin que la fuente de su fundamentalidad sea el mínimo vital y móvil consagrado en el artículo 53 superior, sino el principio de la dignidad humana, lo cual le daría una relevancia a tal derecho, haría su interpretación más clara, y llevaría, por tanto, a que su aplicación por parte de los jueces a través de sentencias sea más fácil, al tener relación directa con un principio y no relación de conexidad con un derecho fundamental. En este sentido, su protección sería inmediata y no programática.

La profesora Restrepo Yepes (2017) claramente nos indica que los derechos económicos, sociales y culturales tienen el reconocimiento internacional de derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966), así como en diferentes instrumentos internacionales. Asimismo, la Corte Constitucional (1997a) ha afirmado que los recursos judiciales deben considerarse medios jurídicos idóneos para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, tal como lo cita la Corte Constitucional:

[...] las sentencias de los jueces -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces [...] integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos (C-109, 1995a).

El derecho a la alimentación es un derecho de carácter progresivo que el Estado debe garantizar a través de políticas públicas; sin embargo, en algunos casos en los que el sujeto de derecho sea una persona en especiales condiciones de vulnerabilidad, como en las

emergencias medioambientales derivadas del cambio climático, se considera un derecho fundamental que debe tener protección inmediata por parte del juez constitucional.

La actividad judicial se constituye en un instrumento importantísimo al momento de garantizar el derecho a la alimentación de estas personas en situación de vulnerabilidad y el precedente jurisprudencial es, en la práctica, la manera más efectiva de construir la estructura de protección de este derecho.

Estos son algunos de los casos más relevantes en los que el juez constitucional protege el derecho a la alimentación directamente, más allá de la formulación de políticas públicas (Mancilla López et al., 2016), y ordena la asignación de recursos para su implementación, en la protección por parte del Estado a menores de edad: (art. 44 y 67 superiores), (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), Sentencia T-124 (Corte Constitucional, 1994); mujeres en estado de embarazo y lactancia: (art. 43 superior), Sentencia T-373 (Corte Constitucional, 1998); ancianos: (art. 46 superior), Sentencia T-471 (Corte Constitucional, 1992a); internos en establecimientos carcelarios: Sentencia T-424 (Corte Constitucional, 1992b) y población en situación de desplazamiento forzado: Sentencia C-255 (Corte Constitucional, 2003), solo por mencionar algunas referencias jurisprudenciales, pues Restrepo Yepes (2017) realiza una amplia reconstrucción jurisprudencial y de precedentes sobre el derecho alimentario.

8.3. El cambio climático

Es un fenómeno de la naturaleza que se deriva principalmente de la actividad humana, especialmente desde que comenzó la industrialización; “con base en evidencia muy bien establecida, aproximadamente el 97 % de los científicos del clima han concluido que las actividades humanas ya tienen impactos en éste, lo que comúnmente se conoce como cambio climático” (Molina et al., 2017, p. 28).

A pesar de basar estas afirmaciones en estudios científicos en revistas auditadas, algunos sectores de la población no se muestran muy convencidos de que la actividad humana está afectando negativamente el clima en el mundo, ocasionando un calentamiento global, principalmente por la emisión de gases efecto invernadero (GEI).

El clima se refiere a condiciones más o menos estables durante extensos periodos de tiempo como la humedad de una región, la cantidad de precipitaciones o la velocidad de los vientos y puede definir las condiciones promedio del sistema atmósfera-océano-tierra, mientras que el concepto de tiempo se refiere a las condiciones con las que amanece un día en las que se puede predecir con relativa exactitud la temperatura que tendrá la ciudad o región, las lluvias que caerán o la nubosidad del cielo. Lo que está cambiando es el clima, lo que podría tener efectos a muy largo plazo.

El cambio climático se debe principalmente a los cambios en la composición química de la atmósfera⁴⁰ y los factores más importantes en este fenómeno son: (i) el crecimiento poblacional, (ii) la demanda de energía y de recursos per cápita y (iii) el tipo de tecnologías usadas para el desarrollo económico e industrial del mundo moderno.

Es lógico pensar que a medida que va creciendo la cantidad de personas en el mundo, se va necesitando más espacio en las ciudades. Autos, viviendas, materiales de construcción, ropa, combustible, alimentos, etc. requieren de energía para ser producidos y los produce la industria, generalmente a partir de combustibles fósiles, a costos medioambientales muy altos. La comunidad de la modernidad está consumiendo los recursos naturales y calentando el planeta (Molina et al., 2017).

En Colombia existe un Sistema Nacional Ambiental, denominado SINA, que fue concebido mediante la Ley 99 (Congreso de la República, 1993) como nueva estructura para superar las deficiencias normativas e institucionales existentes y para adoptar principios desarrollados a través de importantes convenios internacionales celebrados y aprobados por Colombia (López Dávila, 2017).

La ley acoge el concepto de *sistema*, entendido como un conjunto de cosas o partes coordinadas según la ley, o que “ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a un determinado objetivo o función” (RAE, 2020).

Según lo expuesto por López Dávila (2003), los sistemas pueden ser simples o complejos, naturales o sociales; y en los sistemas complejos se presenta siempre un alto grado de interrelación entre las partes que lo componen y una estabilidad dinámica que mantiene el equilibrio gracias al movimiento, pudiendo modificarse y cambiar, al tiempo que logran resistir la desestabilización y la ruptura. Por eso el SINA no es estático sino que responde a las realidades actuales como por ejemplo los cambios climáticos. En este sentido, el artículo 4 de la Ley 99 de 1993 define el SINA como el “conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en la Ley”.

En cuanto a los convenios internacionales ambientales que buscan reducir la degradación de los recursos naturales y fueron aprobados por la legislación colombiana —integrando así el bloque de constitucionalidad— encontramos el Convenio de sanidad agropecuaria entre Colombia, Ecuador y Venezuela, el cual fue aprobado por la Ley 82 de 1968; el Convenio constitutivo del fondo internacional para el desarrollo agrícola, suscrito en Nueva York el 13 de junio de 1976 y ratificado por la Ley 36 de 1979; el Convenio sobre la organización

⁴⁰ “La atmósfera no solo es un elemento esencial para mantener la vida en la Tierra porque contiene oxígeno, indispensable para la mayor parte de los organismos vivos, sino porque es el medio o la ‘materia prima’ con la cual se generan los climas del planeta, tanto el global como los locales” (Molina et al., 2017, p. 40).

de la comisión permanente de la conferencia sobre explotación y conservación de las riquezas marítimas del pacífico sur, celebrado en Santiago de Chile el 18 de agosto de 1952 y ratificado mediante la Ley 7 de 1980; el protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático celebrado en Kioto Japón el 11 de diciembre de 1997 y ratificado mediante la Ley 629 de 2000; la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por la sequía grave o desertificación, en particular África, suscrito en París el 17 de junio de 1994 y ratificado por Colombia mediante la Ley 461 de 1998; la Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, suscrito en Ramsar el 2 de febrero de 1971 y ratificado por Colombia mediante la Ley 357 de 1997; el Convenio relativo a la organización hidrográfica internacional OHI, celebrado en Mónaco el 3 de mayo de 1967 y ratificado por Colombia mediante la Ley 408 de 1997 y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, celebrada en Nueva York, Estados Unidos, el 9 de mayo de 1992 y ratificado por Colombia mediante la Ley 164 de 1994; solo por mencionar algunos de los convenios internacionales que se refieren al cambio climático o a sistemas de sostenibilidad alimentaria, pero el SINA incluye muchos otros tratados y convenios que también hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que hace muy complejo el entendimiento del sistema en su integridad.

En ese contexto, en la Sentencia C-632 (Corte Constitucional, 2011b) se ha calificado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido en el concurso de las siguientes dimensiones:

(i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país y, (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección.

Esta sentencia de la Corte Constitucional es esencial, por cuanto establece parámetros de vital importancia para considerar el medio ambiente como un elemento definitorio en la elaboración de políticas públicas y leyes al considerarlo un derecho de todos los individuos e incluir como parte de su estructura la exigibilidad del mismo, no solo por vía judicial, sino

también a través de políticas públicas, porque le impone al Estado deberes de prevención y protección frente al posible deterioro del medio ambiente.

La Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 79 el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano y le impone al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica. Al asociarlo con la vida y la salud, la Sentencia SU-442 de 1997 consideró su fundamentación en los siguientes términos:

Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud.

Una vez aclarados los conceptos de derecho a la alimentación, derecho al medio ambiente y cambio climático, debemos establecer la relación entre el cambio climático y el derecho a la alimentación.

8.4. Relación entre cambio climático y derecho a la alimentación

En este acápite mencionaremos algunas actividades humanas que ponen a dialogar estos dos conceptos. Por un lado, “la agricultura y la ganadería, en el formato de explotaciones industriales que se han ido imponiendo a lo largo de las tres últimas décadas, son dos de las actividades humanas que más contribuyen a las emisiones de GEI” (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012, p. 8) y por otro lado el cambio climático ha afectado poblaciones enteras que ven como sus cultivos, su sustento, se pierde por abruptos cambios climáticos. Estos pobladores en ocasiones se convierten en migrantes ambientales, ante la impotencia de poder seguir cultivando sus tierras.

La merma en la capacidad de producir alimentos deteriora la seguridad alimentaria produciéndose consecuencias nefastas, como el abandono en la producción de alimentos y la migración de los campesinos hacia las ciudades en busca de alternativas de subsistencia.

La perspectiva futura no es muy alentadora. Claros ejemplos del cambio climático serían, por un lado, el aumento del nivel del mar de 10 a 90 centímetros en el año 2100, que provocará millones de refugiados ambientales, es decir, la expulsión de cientos de millones de personas de sus hogares, ubicados en costas o zonas de los deltas de los ríos, lo que puede provocar una catástrofe de tipo económico (The Worldwatch Institute, 2005).

En los últimos años, los desastres naturales han producido, por primera vez en la historia, más refugiados que las guerras en los conflictos armados. Aunque las estimaciones varían enormemente, se calculan en 25 millones las personas desplazadas forzosamente de sus hogares por sequías, desertificación, erosión de los suelos, accidentes industriales y otras causas medioambientales (Borràs Pentinat, 2006).

Otra consecuencia del cambio climático consiste en los efectos de las sequías en algunas regiones que mermará la capacidad agrícola de producción de alimentos y llevará a muchas personas a una situación de penuria e inseguridad alimentaria (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012, p. 13).

Los pobres son más vulnerables a desastres naturales derivados del cambio climático y otros factores ambientales (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012, p. 20). Dicha población suele asentarse en lugares expuestos a los cambios del clima y se encuentra en condiciones económicas precarias, son muy dependientes de la agricultura y su nivel de ingresos es bajo. Por tanto, ante variaciones del clima, sus medios de subsistencia (la ganadería, los cultivos y el acceso a servicios) se ven amenazados y se debilita su seguridad alimentaria y sus posibilidades futuras, ya que no cuenta con capacidades financieras y técnicas para hacer frente al riesgo del cambio climático (Banco Mundial, 2010).

El deficiente desarrollo de la infraestructura del campo nos ha conducido a tener problemas de acceso y disponibilidad de los alimentos. A veces el problema no es de capacidad de producción sino de capacidad de distribución y comercialización de los alimentos. La falta de inversión estatal tiene que ver directamente con la falta de interés en el desarrollo rural. Aparentemente las prioridades para el Gobierno son otras.

También debe ser objeto de estudio la influencia del sector agropecuario en la producción de gases efecto invernadero al menos desde tres aspectos fundamentales: (i) deforestación; (ii) degradación de las tierras y (iii) monocultivos.

Otros elementos que relacionan los dos conceptos que estudiamos en esta investigación son las sequías, las inundaciones, los incendios forestales, la acidificación de los océanos, la disminución del acceso al agua (lo que puede afectar inclusive la producción de energía limpia), los desastres naturales y la afectación a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la vivienda digna y la libre determinación.

Por otro lado, no hay que olvidar que el sector agrícola es uno de los grandes emisores de los gases efecto invernadero. En palabras de (Durán Romero y Sánchez Díez, 2012), concretamente contribuye con más de un 30 % de las emisiones anuales totales, el 13 % proviene de la propia actividad y un 17,4 % como consecuencia de la deforestación.

Los factores anteriormente descritos y que asocian los cambios climáticos con el derecho a la alimentación generalmente ocasionan un problema común: el desplazamiento y el reasentamiento de poblaciones sin regulación especial de protocolos que guíen su ejecución (Castro-Buitrago y Vélez Echeverri, 2018).

Las profesoras Érika Castro-Buitrago y Juliana Vélez Echeverri (2018) ponen de manifiesto esta problemática en la que se demuestra la ineficacia de la actividad administrativa en la atención de la población que está en condición de vulnerabilidad, en una lógica asistencialista estatal y no desde un enfoque de derechos.

La ausencia de procedimientos administrativos para atender este tipo de emergencias deriva en la desprotección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad por razón de emergencias ocasionadas por los cambios en el clima. Esta migración, ya sea considerada voluntaria o forzada, se convierte en una forma de adaptación de poblaciones enteras al cambio climático (cuando es programada y apoyada por los organismos gubernamentales) o migración (cuando responde a una situación de vulnerabilidad). Lo cierto es que las soluciones que el Estado brinda para conjurar el derecho a la alimentación de estas personas no se enmarcan en políticas aplicables a desplazados en Colombia, y la ausencia de regulación en este sentido redundaría en posibles afectaciones de los derechos de las personas en situación vulnerable. La Organización Internacional para las Migraciones (2006) define este fenómeno como el “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos” (OIM, 2006, p. 38).

Resalta el trabajo mencionado que, aunque parezca un contrasentido, muchos de los procesos de reasentamiento llevados a cabo en el país han violado los derechos humanos de la población en condición de vulnerabilidad, siendo consideradas como una medida generalizada y no excepcional (Castro-Buitrago y Vélez Echeverri, 2018).

Si las proyecciones sobre el cambio climático son correctas y el Estado colombiano no toma las medidas necesarias para organizar su normativa hacia la protección de estas personas en situación de vulnerabilidad, será imposible brindarles la protección adecuada, pues los desplazamientos humanos irán en aumento y también los riesgos de estas poblaciones de padecer de hambre o de una alimentación inadecuada.

8.5. Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo dejan interrogantes y propuestas de investigación por realizar. Por esta razón, se constituye en el eje central de un proyecto que deberá ser más grande,

en el que se analice a profundidad la manera en que el Estado asume la protección de los derechos fundamentales de las personas y las comunidades víctimas del desplazamiento por factores medioambientales y la posibilidad de su reasentamiento en condiciones dignas que garanticen la protección también de sus costumbres, no solo alimenticias sino culturales ancestrales.

Como se puede observar, el cambio climático tiene gran incidencia en la seguridad alimentaria en el mundo, razón por la cual es importante estudiar el derecho a la alimentación de los colombianos desde el contexto del cambio climático y, en este sentido, rastrear y hacerle seguimiento a las políticas públicas estatales y a la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, con el objetivo de verificar el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado.

La actividad humana es la principal causante del calentamiento global que ocasiona el cambio climático y las poblaciones más pobres son las más vulnerables a los efectos negativos de este fenómeno.

La conclusión central es que en el modelo de Estado social y constitucional de derecho se debe garantizar la alimentación mínima y vital a todas las persona a través de políticas públicas (cuando se mire como un derecho social) o de acciones inmediatas cuando la situación lo amerite, es decir como un derecho fundamental para personas en situación de emergencia.

Es importante estudiar si el derecho a la alimentación, dada la influencia del cambio climático, se puede satisfacer en la mayor medida posible (Alexy, 2008) para sectores vulnerables de la población por causa del cambio climático, estableciéndose un mínimo vital a la alimentación básica y adecuada.

Existe una categoría de desplazados o migrantes que se deriva de las emergencias por el cambio climático, denominada migrantes ambientales.

El derecho a la alimentación y el medio ambiente tienen una correlación indisoluble, por lo que se hace necesario estudiar en conjunto estos dos conceptos y los problemas que se pueden derivar del impacto del cambio climático en el derecho a la alimentación.

Se debe verificar qué acciones ha adelantado el Estado colombiano para garantizar la efectividad del derecho a la alimentación de las poblaciones afectadas por el cambio climático, para establecer si se realiza la garantía de protección del derecho a la alimentación en Colombia.

Se deben establecer en el derecho administrativo procesal unos protocolos debidamente reglados para atender a estas poblaciones migrantes por factores medioambientales, así como se atienden, por ejemplo, a las poblaciones desplazadas por la violencia.

De no modificar el sistema de producción hacia uno que sea sostenible en el que la agricultura sea parte de la solución, las perspectivas son muy desalentadoras.

El reasentamiento de personas y comunidades víctimas del desplazamiento por factores medioambientales es un reto muy importante para el Estado.

Resolver estos interrogantes y plantear teóricamente la necesidad de considerar el reconocimiento del derecho a la alimentación como un derecho fundamental cuya fuente sea directamente la dignidad humana, y no un elemento del mínimo vital, hace que su protección sea inmediata y no programática, para los sujetos en condición de vulnerabilidad debido al cambio climático. Esto tendrá un positivo impacto en poblaciones afectadas y será un avance en cuanto a la forma de entender el derecho fundamental a la alimentación, lo cual justifica plenamente la realización de este trabajo.

8.6. Referencias

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. (C. B. Pulido, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. ONU. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. ONU. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Banco Mundial. (2010). *Desarrollo y cambio climático. Informe sobre el desarrollo mundial*. <http://documents1.worldbank.org/curated/es/985501468170350669/pdf/530770WDR00SPA00Box0361490B0PUBLIC0.pdf>
- Blanco, J. B. (2018). *Elaboración de proyectos de investigación en derecho*. ECOE ediciones.
- Borràs Pentinat, S. (2006). Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente. *Revista de derecho* (Valdivia), 19(2), 85-108. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000200004>
- Castro-Buitrago, E. y Vélez Echeverri, E. J. (2018). Procesos de reasentamiento en Colombia: ¿una medida de adaptación y protección de derechos humanos de las víctimas del cambio climático? *Universias* 67(136), 1-23. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.prcm>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio) *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116.
- Colombia. Congreso de la República. (1968, 30 de diciembre). Ley 82. *Por la cual se aprueban la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, firmada en Roma el 6 de diciembre de 1951, y el Convenio de Sanidad Agropecuaria entre Colombia, Ecuador y Venezuela (...)*. Diario Oficial N.º 32 684.

- Colombia. Congreso de la República. (1979, 6 de junio). Ley 36. *Por medio de la cual se aprueba el Convenio Constitutivo del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (...)*. Diario Oficial N.º 35 282.
- Colombia. Congreso de la República. (1980, 4 de febrero). Ley 7. *Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de Incorporación de Colombia al Sistema del Pacífico Sur”(...)*. Diario Oficial N.º 35 457.
- Colombia. Congreso de la República. (1993, 22 de diciembre). Ley 99. *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente (...)*. Diario Oficial N.º 41 146.
- Colombia. Congreso de la República. (1994, 27 de octubre). Ley 164. *Por medio de la cual se aprueba la “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”(...)*. Diario Oficial N.º 41 575.
- Colombia. Congreso de la República. (1997a, 21 de enero). Ley 357. *Por medio de la cual se aprueba la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”(...)*. Diario Oficial N.º 42 967.
- Colombia. Congreso de la República. (1997b, 28 de octubre). Ley 408. *Por la cual se aprueba “el Convenio relativo a la Organización Hidrográfica Internacional, OHI”(...)*. Diario Oficial N.º 43 164.
- Colombia. Congreso de la República. (1998, 4 de agosto). Ley 461. *Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África”(...)*. Diario Oficial N.º 43 360.
- Colombia. Congreso de la República. (2000, 27 de diciembre). Ley 629. *Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático” (...)*. Diario Oficial N.º 44 272.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992a, 17 de julio). *Sentencia T-471* (Fabio Morón Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1992b, 24 de junio). *Sentencia T-424* (Fabio Morón Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1994, 14 de marzo). *Sentencia T-124* (Fabio Morón Díaz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1995a, 15 de marzo). *Sentencia C-109* (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1995b, 12 de mayo). *Sentencia T-207* (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1997a, 28 de mayo). *Sentencia C-251* (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1997b, 16 de septiembre). *Sentencia SU-442* (Hernando Herrera Vergara, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (1998, 22 de julio). *Sentencia T-373* (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2002, 17 de octubre). *Sentencia T-881* (Eduardo Montealegre Lynett, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2003, 25 de marzo). *Sentencia C-255* (Clara Inés Vargas Hernández, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011a, 5 de julio). *Sentencia T-518* (Mauricio González Cuervo, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2011b, 24 de agosto). *Sentencia C-632* (Gabriel Eduardo Mendoza Martello, M. P.).
- Durán Romero, G. y Sánchez Díez, Á. (2012). *Cambio climático y derecho a la alimentación*. Advantia S.A.

- López Cadena, C. A. (2015). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites*. Universidad Externado.
- López Dávila, I. (2003). *Manual de Sistema Nacional Ambiental*. Ediciones Librería del Profesional.
- López Dávila, I. (2017). *Sistema Nacional Ambiental*. Ibáñez.
- Mancilla López, L. P., Álvarez Castaño, L.S. y Pérez Isaza, E. J. (2016). Políticas y programas alimentarios y nutricionales en Colombia. En L. P. Mancilla López, L.S. Álvarez Castaño y E. J. Pérez Isaza (eds.), *Las políticas alimentarias y nutricionales en Colombia y América Latina. Historia, contexto y desafíos* (pp. 1-16). Editorial Universidad de Antioquia.
- Molina, M., Sarukhán, J. y Carabias, J. (2017). *El cambio climático*. Fondo de Cultura Económica.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006). Glosario sobre Migración. *Derecho Internacional sobre Migración*, (7). https://publications.iom.int/system/files/pdf/im1_7_sp.pdf
- Peces-Barba, G. (2006). *La Constitución y los derechos*. Universidad Externado.
- Real Academia Española. (2020). Sistema. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/sistema?m=form>
- Restrepo Yepes, O. C. (2009). El derecho alimentario como derecho constitucional. Una pregunta por el concepto y estructura del derecho constitucional alimentario. *Opinión Jurídica* 8(16), 115-134. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/109>.
- Restrepo Yepes, O. C. (2017). *El derecho a la alimentación como derecho constitucional en Colombia* [tesis de doctorado, Universidad de Medellín]. Repositorio Institucional UdeM.
- Sen, A. (2002). *El derecho a no tener hambre*. (E. Lamprea Montealegre, Trad.). Universidad Externado de Colombia.
- Silva García, G. (2002). Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. *Diálogos de saberes*, (17).
- Terreros Calle, F. C. (2018). El derecho fundamental a la alimentación en Colombia. En *Contribuciones al derecho contemporáneo. Constitucionalismo y derechos fundamentales* (pp. 153-178). Dike y USC.
- The Worldwatch Institute. (2005). *La situación del mundo. Redefiniendo la seguridad mundial*. Icaria Editorial.

9. El problema del costo de los derechos humanos en el derecho constitucional y el modelo de agencia como instrumento para analizarlo: el caso de la reforma constitucional en materia político-electoral de 2014

Eduardo Gaona-Domínguez

Michael G. Núñez Torres

Debería ser evidente que los derechos tienen un costo. Sin embargo, la sola idea suena como una paradoja, una ofensa a lo políticamente correcto, incluso como una amenaza a la preservación de los derechos. Afirmar que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que ofrecer algo a cambio para poder adquirirlo o asegurarlo. Ignorar esos costos se vuelve conveniente para olvidar el dolor que representa tal intercambio.

STEPHEN HOLMES Y CASS SUNSTEIN

9.1. Introducción

Revisáremos en este texto la dialéctica del Estado social y democrático de derecho y la eficiencia y eficacia de las instituciones garantes de los derechos políticos. Solo la idea liberal decimonónica pudo presentar la idea ilusoria que consideraba que la Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano bastaba, por sí sola, para ser una realidad.

En el Estado constitucional existe una tensión dialéctica constante, debido a las relaciones constitucionales que se apoyan en principios e instituciones, con lógicas estructurales y funcionales disímiles, que pueden llegar a la contradicción; todo lo cual puede traer como consecuencia ciertas disfuncionalidades dentro del ordenamiento jurídico, que incluso pueden llegar al extremo de hacer ilusorios algunos mandatos que se encuentran en las leyes y en la propia Constitución. La comprensión de este fenómeno propio del Estado constitucional supone una dificultad considerable para el investigador, quien, para tratar

de explicar el problema de las contradicciones constitucionales, debe acudir a estrategias epistemológicas heterogéneas y, además, necesita redefinir un marco teórico que pareciera encontrarse en una crisis conceptual permanente. De modo que nos enfrentamos a una crisis en el método y en la teoría constitucional que contempla los paradigmas y las categorías propias del derecho constitucional.

Las tres cláusulas esenciales del Estado constitucional, que se resumen en la fórmula Estado social y democrático de derecho, son quizás uno de los ejemplos más gráficos de estas contradicciones institucionales. Así, al analizar la teoría constitucional parece claro que las funciones que desarrollan las instituciones del Estado social y las del Estado de derecho obedecen a lógicas diferentes y, en consecuencia, su proceso de armonización no es una tarea menor para la ingeniería constitucional. Esto lo advirtió muy bien Forstoff (1986), quien observaba una clara diferencia entre la estructura del Estado liberal racionalizada por el principio de la libertad y la del Estado social que se funda en la prestación de servicios, lo cual conlleva consecuencias de índole formal y material que se traduce en que, desde un punto de vista normativo, se desprenden unas obligaciones que fácticamente presentan complicaciones significativas.

La teoría constitucional ha dejado claro que el paso del Estado liberal burgués al Estado social y democrático de derecho significó, principalmente, un aumento importante de las funciones que llevaba a cabo el Estado desde que apareció como una construcción político-jurídica a principios del siglo XVII. Uno de los paradigmas que incidió en la justificación teórica de tal ampliación fue el de los derechos humanos, a partir del siglo XVIII, debido a las exigencias que suponían para el Estado, lo cual ha seguido en aumento hasta nuestros días, especialmente los políticos y sociales que ahora suponen una intervención directa de los gobernados en las decisiones del Estado, algo que antes resultaba impensable al concebirse a los legisladores como depositarios de la voluntad popular.

Por supuesto, en el Estado liberal burgués de los siglos XVIII y XIX, partiendo de una constitución monoclásista, la satisfacción de los derechos se fundaba en la abstención de la acción del Estado en la vida social; mientras que en el Estado social de derecho, partiendo de que su constitución es democrática, por tanto plural, la satisfacción de los derechos se hace mucho más compleja, porque aumenta el número de los titulares, así como la naturaleza de la satisfacción que pasa a ser primordialmente prestacional, porque solo así puede garantizar los mínimos de igualdad que se proclaman. Ese cambio de lógica en los derechos tiene un impacto definitivo en la teoría constitucional, tal y como lo explica García-Pelayo, quien resumía el paso del Estado de derecho al Estado social de la siguiente manera: “allí se trataba de proteger a la Sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la Sociedad por la acción de Estado” (García-Pelayo, 1991, p. 1604).

9. El problema del costo de los derechos humanos en el derecho constitucional y el modelo de agencia como instrumento para analizarlo: el caso de la reforma constitucional en materia político-electoral de 2014

En este contexto, el pluralismo social, jurídico e institucional que supone el Estado constitucional se va a hacer cada vez más complejo, y por ende, debería encontrar en la constitución una verdadera función integradora de las fuentes jurídicas y de la complejidad de la vida social (Zagrebelsky, 1993, p. 9). Por tal motivo, en la ingeniería constitucional con la cual se realizan operaciones de reforma de los sistemas institucionales, se debe tener interiorizado el *telos* de la integración del ordenamiento jurídico y los requerimientos estructurales y funcionales de las instituciones políticas, para poder establecer la viabilidad efectiva de los fines mediatos e inmediatos del complejo institucional político.

En el Estado constitucional actual esta armonización se hace a través de una cláusula institucional llamada Estado social y democrático de derecho, en virtud de la cual las instituciones políticas, legitimadas democráticamente, deben desarrollar todas sus funciones con apego estricto al ordenamiento jurídico, coadyuvando para remover las desigualdades que surgen dentro de la vida social, y conseguir así el pleno respeto de los derechos humanos. Justamente, los derechos humanos y la dignidad humana, núcleo esencial de estos, terminan por ser el elemento racionalizador de todos los fines del complejo institucional del Estado y, sin embargo, no tendrían sentido si no se acompañan con la viabilidad teleológica, que es, en definitiva, un asunto material.

Esto trae un problema que vamos a plantear de la siguiente manera: el principio de progresividad, consustancial a la idea de derechos humanos, va ampliando el catálogo de prestaciones y de servicios necesarios para llegar a satisfacerlos efectivamente, de tal suerte que mientras más crece el número de los derechos humanos, especialmente los sociales y los políticos, más compleja se hace la operación institucional para hacer viable su concreción en la vida social, política y económica. Entonces, como consecuencia del paradigma de las democracias contemporáneas de los Estados, existe la tendencia de reconocer en sus textos constitucionales respectivos el catálogo más amplio de derechos que sea posible, sin que se pueda afirmar que ello sea consecuencia de un análisis de la viabilidad de esos derechos, es decir, de la posibilidad de implementarlos de manera efectiva en beneficio de los individuos, todo lo cual redundaría en un posible retorno a la concepción programática de la constitución.

Así, actualmente en el mundo, los Estados que más protegen normativamente a sus ciudadanos se perciben alineados a una modernidad democrática que pareciera recompensarlos al otorgarles buenas dosis de legitimidad; incluso, obtienen el reconocimiento generalizado no solo de otros actores políticos relevantes sino también de los propios gobernados quienes son destinatarios directos de estos derechos. Sin embargo, todo esto tiene un costo que, a la doctrina constitucional latinoamericana, específicamente a la teoría constitucional, pareciera no preocuparle.

Ahora bien, el incremento y desarrollo de los derechos políticos y sociales en una constitución democrática necesariamente va a demandar del Estado constitucional una ampliación de la función social en virtud de la cual deben actuar las instituciones políticas y administrativas. Esto tiene un costo económico importante y tiene que ver con dos ejes. El primer eje trata de la creación de nuevas instituciones con el fin de realizar las tareas correspondientes para que se concreten estos derechos, y el segundo eje nos remite al sistema de justicia constitucional a través del cual estos derechos son exigidos y garantizados jurisdiccionalmente. Este es el caso de los derechos consagrados en la Constitución mexicana, en virtud de los cuales se crean nuevos modelos institucionales, además de la posibilidad de que tales derechos puedan ser exigidos vía jurisdiccional⁴¹ y consecuentemente, puedan obtenerse sentencias que ordenen su satisfacción a costa de la hacienda pública.

La reforma en materia de derechos humanos de 2011 en México ha extremado los costos que estos dos ejes significan. De manera que se vuelve claro que, a mayor número de derechos que proteger, mayor será la probabilidad de que estos sean trasgredidos y, a su vez, aumentará la posibilidad de que se deba echar mano de diversos mecanismos institucionales y legales para garantizar o restituir la violación de dichos derechos, provocando con esto mayores costos, los cuales se deberán cubrir directamente con recursos públicos que, a su vez, se obtienen de los contribuyentes, dándose así otra variable importante en el tema a tratar, consistente en el amparo en materia fiscal. Pongamos por caso el trabajo del profesor Zagrebelsky (2004), quien se ha preocupado por las *sentencias constitucionales de gastos* que suponen afectaciones a la hacienda pública y la posibilidad de que estas signifiquen una subrogación en las atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo que son, al fin de cuentas, los que deben responder políticamente de las decisiones que inciden en las finanzas públicas, por lo tanto, en la opinión de este jurista italiano, se debe acudir más que a una *scientia iuris*, a una *iuris prudentia* es decir, que lo que se esperaría de la justicia constitucional en este tipo de sentencias es que aporte soluciones progresivas y no de una dialéctica verdadero-falso.

En otras palabras, el problema de las sentencias de gasto nos lleva a ver la ingeniería constitucional con el fin de analizar la problemática de un juez constitucional que puede llegar a desarrollar una función jurisdiccional incidente al fin en la política económica a cargo del Gobierno y del Congreso, mientras que el constituyente permanente y el legislador ordinario desarrollan una función legislativa que, por el aumento del catálogo de derechos políticos y sociales, obliga a la justicia constitucional a dictar sentencias ilusorias motivadas en que su deber es salvaguardar los principios y las libertades de la constitución.

⁴¹ Bajo la reforma en materia de derechos humanos de 2011, esta posibilidad se consagra en el artículo 1, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con lo anterior, podemos identificar dos momentos de esta problemática jurídica: el primero es el *ex ante*, que surge en la etapa del diseño, cuando el legislador enfrenta la disyuntiva de evaluar y definir lo que se debe o no incluir en una carta de derechos humanos, lo que invariablemente, según Holmes y Sunstein (2011), tendrá impacto en la disposición de recursos públicos de un Estado. Ahora, debemos tomar también en cuenta el impacto de los derechos, especialmente los políticos y sociales, a la hacienda pública de los distintos órdenes de gobierno político-territoriales, porque los costos, además de estar en función del reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico de nuevos derechos, también se integran a partir de las reformas legislativas que se realicen con el fin de reconfigurar el modelo institucional de algún derecho que previamente ya era reconocido. En este sentido hablamos de un segundo momento, el *ex post*, en el cual se busca conocer cuáles serán los recursos materiales, humanos y financieros que se invertirán para que las instituciones políticas puedan hacer efectivo un derecho político o social, a través de la interacción entre sistemas jurídico-políticos, esto con independencia de la exigencia que por la vía jurisdiccional pueda hacerse. Un ejemplo claro de lo anterior lo vemos en la opinión del maestro García-Pelayo (1991) según la cual “sólo la interacción entre el sistema de partidos y el sistema estatal puede proporcionar a éste una legitimidad y funcionalidad democrática” (p. 2009).

De manera que la investigación desarrollada para comprender esta difícil relación entre el sistema de protección o desarrollo administrativo que hace efectivos los derechos políticos y los principios que se dan en torno a los derechos humanos, nos lleva a revisar la estrategia epistemológica. En este sentido, el derecho económico comparado permite una evaluación de los ordenamientos jurídicos y su comprensión de las relaciones entre instituciones políticas y los procesos de asignación y reasignación de recursos (Maqueo, 2012).

Con el fin de examinar estos dos momentos, para un caso concreto, se estudiará en este capítulo el caso de la reforma constitucional de naturaleza político-electoral vigente en México desde el año 2014. Aunque las técnicas argumentativas y los postulados que son propios del derecho son necesarios para entender y explicar este fenómeno jurídico, también es necesario el análisis económico para identificar y explicar los derechos político-electorales que involucran a los gobernados, sus representantes, las instituciones y los recursos públicos. El modelo económico de *agencia*, propuesto por los profesores Jensen y Meckling (1976), puede ayudar a sistematizar y explicar estos dos momentos del fenómeno jurídico.

El propósito de este trabajo es presentar, a partir de una perspectiva económica, una nueva estrategia epistemológica con el fin de evaluar los costos asociados con el reconocimiento constitucional de los derechos humanos. Se presenta un modelo general de agencia a través del cual se pueden identificar tres tipos de costos: ordinarios, necesarios y extraordinarios. Esquematizar de esta forma los diferentes estadios de costos nos ayuda a tener una

perspectiva, *ex ante* y *ex post*, más amplia de los recursos que serán necesarios para volver real el reconocimiento de cualquier derecho humano. Se espera que los elementos de este modelo sirvan como base para que también otras áreas del dogma constitucional puedan aplicarlo a sus casos concretos.

Este capítulo está organizado en cuatro secciones. En la siguiente sección se establece el marco teórico de este trabajo que tiene fundamento en los postulados, conceptos e ideas de la *teoría de agencia*. Después, proponemos el *modelo general de agencia* basado en la relación principal-agente, buscando con esto contribuir al estudio económico de los derechos humanos. Posteriormente, se presenta la aplicación del modelo general de agencia a un caso concreto de derecho humano: el de naturaleza político-electoral; esto se hace a partir de los elementos contenidos en la reciente reforma constitucional de 2014. Finalmente, en la sección final se establecen algunas reflexiones a manera de conclusiones.

9.2. La teoría de la agencia

La primera explicación satisfactoria de una corporación desde el trabajo de los profesores Berle y Means (1932), en el cual se señalaron algunos de los principales problemas inherentes a la separación de la propiedad y el control,⁴² fue la teoría de la agencia propuesta por Jensen y Meckling (1976). Esta teoría parte de la idea de que los intereses de dos actores, los *principales* y los *agentes*, son bastante opuestos y por lo tanto se proponen soluciones que buscan alinearlos. Al momento de iniciarse la configuración de las líneas que permitan aplicar a la administración pública los enunciados de esta teoría, que son similares a los que las asociaciones u organizaciones que persiguen un lucro han aplicado, podemos identificar a los gobernados como los *principales* (o principal colectivo), y a los gobernantes como los *agentes* (o agente colectivo). Así, una relación de agencia se da cuando, a través de la promoción de un contrato, un sujeto (el principal) delega a otro sujeto (el agente) poder para que se ejecuten, adelanten y apliquen actuaciones en nombre de este. El problema surge cuando en el desempeño de esa autoridad los resultados del agente no siempre están alineados con los objetivos del principal.

El propósito inicial desde el ámbito económico de la teoría de la agencia surgió para realizar un pronóstico al interior de las organizaciones y así poder explicar las relaciones que se dan en ella. Sin embargo, recientemente sus conceptos e ideas han sido adoptados también por otras ramas del conocimiento. Por ejemplo, Luis Carlos Ugalde (2002) afirma que

⁴² Para Berle y Means los dueños de las corporaciones son quienes poseen la propiedad de la organización (el o los principales), mientras que quien tiene el control de esa misma organización es el administrador (el agente). Sucede que en muchas ocasiones el agente puede llegar a adquirir mayor poder dentro de la organización con relación a su principal.

la teoría de la agencia está siendo utilizada cada vez más para explicar fenómenos políticos y que se constituye como un instrumento analítico atractivo cuyo potencial apenas comienza a valorarse. En esa misma óptica, Jack Rabin (2007) establece que la teoría de la agencia se ha utilizado para explicar y pronosticar distintos tipos de relaciones y ha evolucionado en el tiempo desde su aplicación en el campo económico hasta llegar a su aplicación en las relaciones entre actores del poder público.

Desde una visión jurídica, es poco rescatable los logros que se han alcanzado a través de la evaluación económica de los derechos humanos. De hecho, resulta una práctica infrecuente porque como lo afirma el exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan Silva Meza (2014), “hablar de recursos limitados en el ámbito de la protección de los derechos humanos se considera inadecuado y hasta riesgoso” (p.5). Esto también lo advierte con mucha claridad el profesor David Keneddy (2003), quien, refiriéndose al Estado de derecho como estrategia para llegar al desarrollo, señala que actualmente estamos frente a la vaga creencia de que el solo hecho de reforzar los derechos humanos, sin directrices claras que vengan de la teoría económica, traerá como resultado automático una estela de desarrollo suave y fácil de obtener. Por lo cual, creemos que si se adoptan estrategias claras para aportar desde una visión económica a las categorías de los derechos humanos, al configurar nuevos derechos o realizar una codificación institucional se entendería que la configuración escaparía al debate ideológico y sería de índole presupuestal.

9.2.1. El problema de agencia

El agente tiene incentivos para apartarse del mandato del principal y actuar de forma oportunista con el fin de alcanzar un beneficio propio: a esto se le conoce como el problema de agencia. De acuerdo con el trabajo seminal de Jensen y Meckling, este problema se da por tres razones: primero, *el principal y el agente tienen divergencia de intereses*. En el ámbito del derecho constitucional, por ejemplo, un principal colectivo, como el caso de los gobernados, delega autoridad a un agente colectivo llamado Consejo General⁴³ del Instituto Nacional Electoral (INE). Cada uno de los once miembros que integran ese órgano colegiado tiene intereses particulares, lo que conlleva tal divergencia. Segundo, existe *asimetría de la información*: el agente siempre contará con más información y de mayor calidad que aquella que está disponible para el principal. Esto es natural, pues el agente es quien opera y ejecuta el mandato y, por tanto, es sabedor directo de la información generada, aprovechándola primordialmente para su propio beneficio. Tercero, *falta de una óptima actuación para vigilar al agente*. El comportamiento y los resultados de los agentes de la administración pública deben

⁴³ Sin embargo, tal delegación es indirecta pues la representación directa la tiene la Cámara de Diputados quien, a su vez, está facultada para nombrar a los miembros del Consejo General.

ser vigilados. Esta vigilancia se hace, por ejemplo, a través de un órgano interno de control o de la tarea que realiza la Auditoría Superior de la Federación; sin embargo, tal vigilancia nunca podrá ser óptima.

9.2.2. Los problemas de agencia y sus soluciones

Hemos establecido que el problema de agencia se origina por la divergencia de intereses entre el principal y el agente, por la asimetría de la información entre ambos actores y por la imposibilidad de que el principal vigile de forma óptima la actuación de su agente. Cuando se generan problemas de agencia irremediablemente se generan costos de agencia, es decir, se verifica el supuesto de destrucción de valor que se produce cuando el agente se aparta de los objetivos de su principal. El modelo de agencia propone tres soluciones para disminuir, aunque no eliminar por completo, esta problemática: (i) *la vigilancia*: el principal debe diseñar y ejecutar los mecanismos para monitorear los resultados de su agente. El caso de vigilar es claro cuando se aseguran, por citar un ejemplo, mecanismos que coadyuvan a la transparencia y de la rendición de cuentas; (ii) *el control*: el principal debe crear los mecanismos legales e institucionales que permitan prevenir y reaccionar de forma oportuna ante el desvío de objetivos y metas en los que el agente pueda incurrir. Esto se da, por ejemplo, cuando el Congreso diseña un marco de actuación y brinda instrumentos legales para que la Auditoría Superior de la Federación ejecute acciones de control frente a un agente; e (iii) *incentivos*: son las acciones, establecidas en contratos, que penalizan o premian al agente por actuar de forma divergente o por apegarse a los intereses del principal, respectivamente. En el ámbito electoral se otorgan frecuentemente bonos de desempeño a los servidores públicos (agente colectivo) que participan en un proceso electoral; este incentivo se asocia a su esfuerzo y dedicación con el fin de que los resultados electorales sean confiables y satisfactorios para todos los electores (principal colectivo).

Las soluciones que se han planteado crean nuevos costos derivados de diseñar y operar tales mecanismos. Sirve el ejemplo que nos brinda Luis Carlos Ugalde (2002): un órgano contralor federal administra un presupuesto anual de cientos de millones de pesos y en su nómina aparecen cientos de empleados y auditores. Invierte millones de horas-hombre en auditorías, visitas domiciliarias, procesos administrativos y penales, difusión pública, entre otros. Todos estos son los costos de información para vigilar a la burocracia. Los postulados de la teoría de agencia nos ayudan a comprender que, no obstante, el diseño y la operacionalización de las tres soluciones resultarán costosos, estos costos siempre serán inferiores en comparación con ser omisos frente al comportamiento oportunista de un agente.

9.2.3. Modelo general de agencia para el análisis de los derechos

Buscamos ahora proponer un modelo general de agencia fundamentado en la relación principal-agente, el cual contribuya al estudio económico de los derechos humanos. A continuación, se explican cada uno de sus componentes.

El modelo presenta dos momentos: el *ex ante*, que se refiere al planteamiento o diseño legislativo de un nuevo derecho o de una nueva configuración institucional;⁴⁴ el *ex post*, relacionado con la operación de aquel diseño primario. En este segundo momento, nos referimos a los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para hacer posible la tutela del derecho en cuestión. Ambos momentos son sucesivos, complementarios y su existencia está condicionada, a su vez, por la existencia del otro. Por lo tanto, no tendría razón de ser el diseño de un nuevo derecho en la ley sin el acompañamiento de las reglas e instituciones para instrumentalizar este nuevo ordenamiento. Por el contrario, serviría de muy poco hacer una reconfiguración institucional si este esfuerzo no se plasma a través de un diseño legal anterior.

En el momento *ex ante*, el principal colectivo se identifica con los gobernados y el agente colectivo con el Congreso. En primer lugar, hay una delegación que se da del principal hacia el agente. Esta delegación desde el pueblo hacia el Congreso se materializa porque los legisladores son representantes de la nación (artículo 51 y 56 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM), es decir los congresistas reciben un mandato constitucional de representar los intereses del pueblo.

En esta relación se puede identificar el *problema de agencia*: los gobernados carecen de información en cantidad y calidad respecto de aquella con la que sí cuentan los legisladores; esto provoca una divergencia de intereses entre ambas partes. Por lo tanto, este agente colectivo tiene incentivos para apartarse del mandato del principal colectivo y actuar de forma oportunista. Asimismo, los gobernados difícilmente serán capaces de vigilar la actuación del agente colectivo, pues no existen los incentivos necesarios para que esto se realice y, aun haciéndolo, resultaría en altos costos.

Ahora bien, una vez creados los nuevos derechos o instituciones, en el momento *ex post*, el principal colectivo seguirá identificándose con los gobernados: el pueblo, pero esta vez en su calidad de acreedor del nuevo derecho o de beneficiario de la reconfiguración institucional. En este segundo escenario el agente colectivo se conforma por los servidores públicos que intervienen para que estos cambios normativos sean posibles operacionalmente. En cuanto al problema de agencia, este es similar a aquel presentado en el momento *ex ante*: los

⁴⁴ Es necesario precisar que el modelo propuesto considera que los costos de los derechos no se generan únicamente por el surgimiento de un nuevo ordenamiento. Sucede con demasiada frecuencia que las reformas en la ley tienen que ver con reconfigurar el cúmulo de instituciones que intervienen en la protección de un derecho determinado.

gobernados no cuentan con la misma información que poseen los servidores públicos; esto trae como consecuencia el oportunismo de dichos agentes. Por lo tanto, se crean incentivos para apartarse del mandato del principal y actuar conforme a los propios intereses. El principal difícilmente podrá vigilar la actuación de sus agentes, pues no cuenta con los incentivos adecuados y los costos serían muy elevados para hacerlo. La actuación de los servidores públicos, desalineada al interés de proteger los derechos de los gobernados, tendrá un impacto en los recursos públicos.

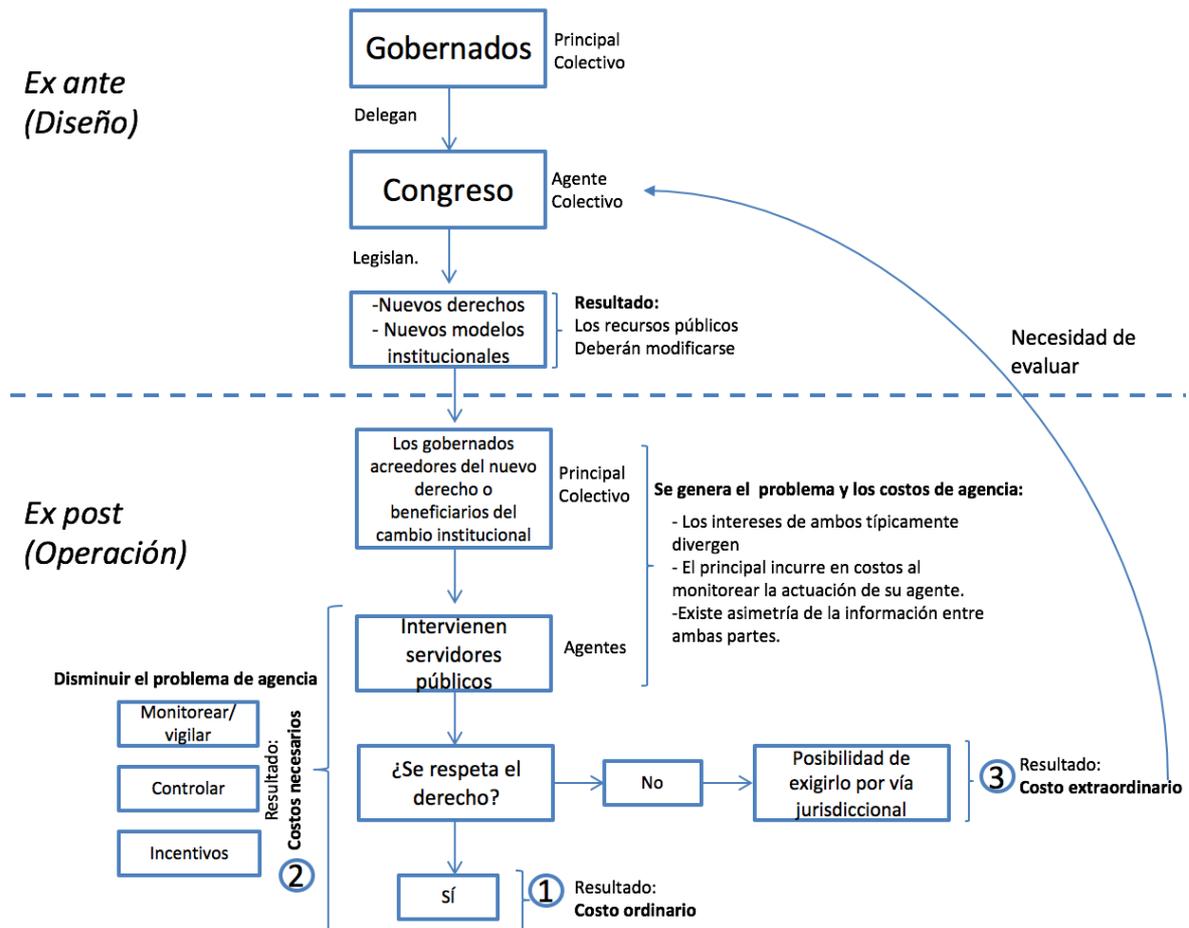
El modelo también plantea que existen tres tipos de costos. El primero de ellos es el que denominamos *costo ordinario*. Este costo es el resultado del ejercicio normal de los recursos asignados necesarios para el respeto de los derechos humanos. Estamos frente al deber ser: el principal colectivo está satisfecho con el desempeño de los servidores públicos en la protección de su derecho y, por consiguiente, no será necesario incurrir en costos adicionales para su salvaguarda. De los tres tipos de costos identificados, este sería el menos oneroso, el más deseable. En segundo término, existen los *costos necesarios*. Este escenario incluye la implementación de las soluciones al problema de agencia: vigilar, controlar e incentivar. Como se estableció, la implementación de las tres soluciones implicará costos, pero estos costos siempre serán inferiores comparados con permanecer inerte frente al comportamiento oportunista del agente. Es importante mencionar que la inversión que se haga en costos necesarios repercute en evitar traspasar la frontera de los costos ordinarios, es decir, con tal inversión aumenta la probabilidad de que los derechos humanos sean respetados por los servidores públicos. Finalmente, los *costos extraordinarios* se originan cuando se trasgreden los derechos que en principio debieron tutelarse. Entonces, el quejoso acude a la instancia jurisdiccional correspondiente con el objetivo de que sus derechos humanos sean restituidos. En el ámbito del Estado mexicano, el gobernado puede solicitar a un órgano jurisdiccional la reposición de su derecho.⁴⁵

Este es el peor de los escenarios, el más costoso, porque fracasó la inversión que hizo el Estado mediante costos ordinarios y necesarios; luego, tendrá que venir otra instancia para pronunciarse sobre las irregularidades y violaciones al derecho humano en cuestión, lo que evidentemente conlleva otro estadio de costos. Este tercer escenario debe provocar que se evalúe el motivo que da origen a la trasgresión del derecho humano en cuestión, se debe revisar si es un tema de falta de presupuesto o si la configuración institucional ha fallado, o qué ha faltado. Por esto, cuando se incurre en costos extraordinarios, el modelo propone que el Congreso sea la instancia que deba analizar las modificaciones que deben hacerse, volviendo así al primer momento del modelo.

⁴⁵ Bajo la reforma en materia de derechos humanos de 2011, esta posibilidad se consagra en el artículo 1, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los elementos del modelo que se han expuesto anteriormente se representan, a continuación, en la figura 9.1.

Figura 9.1. Modelo general de agencia para analizar el costo de los derechos humanos.



Fuente: elaboración propia.

9.3. Aplicación del modelo de agencia en los derechos político-electorales

9.3.1. El derecho político-electoral como derecho humano

Es innegable que actualmente existe pleno reconocimiento de los derechos políticos como derechos humanos; así lo establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990) al señalar que: “El ejercicio de los derechos políticos es *inseparable* de los otros derechos humanos fundamentales” (cap. 1, párr. 15). De la misma forma, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) los derechos políticos están contemplados en su artículo 23.

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (i) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (ii) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y (iii) de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

Con esta perspectiva, son muchos los académicos que han hecho importantes aportes a la ciencia jurídica a partir de la consideración de los derechos político-electorales como un derecho humano. Por ejemplo, al describir las formas de nuestra justicia electoral (Cossío, 1999); al considerar los derechos políticos como el fundamento principal para la formación y organización de cualquier sociedad (Barraza, 2000); o en cuanto al planteamiento de los derechos políticos asociados a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación (Orozco, 1999).

9.4. La reforma constitucional de naturaleza político-electoral de 2014

El andamiaje constitucional en materia político-electoral y, particularmente, en cuanto a la forma de concebir, normar y estructurar a los órganos administrativos encargados de preparar, organizar y vigilar las elecciones ha sido notable desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1917. Por ejemplo, en ese año se crean los Colegios Electorales como organismos responsables de organizar los procesos para elegir al presidente de la República y a los representantes en el Congreso de la Unión.

Posteriormente, las diversas modificaciones que se han hecho a la carta magna mexicana, con la finalidad de redefinir la actuación de esos órganos administrativos, han transitado con miras a fortalecer el sistema electoral. La reforma más reciente (la del año 2014) es la de mayor envergadura en términos de la nueva coordinación y de las facultades que se otorgan entre los nuevos organismos públicos locales y el ahora denominado INE, ambos necesarios para organizar los comicios de cada una de las entidades federativas (artículo 41, base V, apartado C). Con estas modificaciones el constituyente permanente no solo transformó el marco regulatorio electoral al cual están sujetos los procesos democráticos en el país, también trastocó la composición legal y administrativa de las instituciones a las que se hace referencia.

Se modificaron 29 artículos de la Constitución mexicana en materia político-electoral y se realizaron cambios a 28 instituciones, impactando no solo el nivel federal sino también el local. No obstante, no fue un nuevo derecho el que se creó, pues el derecho político-electoral

ya estaba reconocido por la Constitución antes de la reforma de 2014; lo que se plantea en esta reforma es un nuevo modelo institucional el cual tiene por finalidad volver más eficiente la salvaguarda de ese derecho. Es pertinente mostrar, en la tabla 9.1, los principales cambios institucionales que contiene dicha reforma.

Tabla 9.1. Nuevo régimen político-electoral con la reforma constitucional de 2014.

Tema	Reforma
1. Autoridades electorales.	<p>INE. Su creación sustituye al Instituto Federal Electoral (IFE) en la organización y vigilancia de las elecciones federales.</p> <p>Institutos locales. La reforma mantiene la existencia de los institutos electorales locales, aunque con importantes cambios en sus facultades, integración y nombramientos.</p> <p>Tribunal Electoral (TEPJF). Funcionará de forma permanente con una Sala Superior, siete Salas Regionales y una Sala Regional Especializada.</p>
2. Vigilancia y control.	<p>Procuraduría General de la República. En un plazo máximo de dos años, después de aprobada la reforma en cuestión, la PGR se convertirá en Fiscalía General de la República como órgano público autónomo.</p>
3. Régimen de gobierno.	<p>Congreso. Los senadores podrán ser electos hasta por dos periodos consecutivos, a partir de 2018; y los diputados al Congreso de la Unión hasta por cuatro periodos consecutivos, a partir de 2015. En ambos casos hasta un máximo de 12 años consecutivos.</p> <p>Presidente de la República. Se le faculta para que, en cualquier momento, pueda optar por un gobierno de coalición con uno o varios de los partidos políticos representados en el Congreso de la Unión.</p>
4. Régimen de partidos de candidatos independientes.	<p>Conservar registro. Se aumenta del 2 % al 3 % el porcentaje mínimo de votos requerido a los partidos políticos para conservar su registro.</p> <p>Plurinominales. Todo partido político que alcance el 3 % del total de votos válidos emitidos tendrá derecho a que le sean atribuidos diputados plurinominales.</p> <p>Candidatos independientes. Para el registro de candidatos independientes al cargo de presidente de la República se deberá contar con el 1 % de las firmas de la lista nominal de electores; y para otros cargos de elección popular con el 2 %.</p>
5. Fiscalización y tope de gastos.	<p>Nulidad de elecciones. Se establece que una elección podrá anularse cuando rebase el tope de gastos de campaña o compra de propaganda en medios, siempre que se determine que la falta fue <i>sistemática y determinante</i> para el resultado de la elección.</p>
6. Voto.	<p>Voto de los mexicanos en el extranjero. Se precisa que podrán ejercer su derecho para la elección de presidente, gobernador de las entidades federativas y jefe de Gobierno del Distrito Federal bajo las modalidades de voto personal en los consulados, embajadas y centros de votación autorizados o por el servicio postal.</p>

Tema	Reforma
7. Instrumentos de participación ciudadana.	Consultas populares. Podrán ser convocadas por el presidente de la República, el 33 % de los integrantes del Senado o de la Cámara de Diputados (aunque en esos casos se requiere la aprobación de ambas Cámaras), o el 2 % de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores.
8. Paridad de género.	Paridad de género. Los partidos políticos deberán garantizar la paridad entre géneros en candidaturas a legisladores federales y locales.
9. Leyes secundarias expedidas.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ley General de Partidos Políticos 2. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales 3. Ley General en Materia de Delitos Electorales 4. Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. 5. Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos. 6. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Fuente: elaboración propia basada en Secretaría de Relaciones Exteriores de México (2014).

Para que estos cambios, los principales que se incluyeron en la reforma, se traduzcan en una mayor protección de los derechos político-electorales será necesario asignarles un mayor monto del presupuesto público. Con estos cambios en mente vamos ahora a aplicar el modelo general de agencia al caso concreto de la reforma político-electoral del año 2014.

Ya conformado el nuevo marco normativo e institucional, el principal colectivo está representado por el electorado en su calidad de acreedor de los nuevos derechos (v. gr., la nueva posibilidad de contender a un puesto de elección popular a través de una candidatura independiente). Por su parte, el agente colectivo se conforma por los servidores públicos que intervienen para que estos cambios normativos sean posibles operacionalmente (v. gr., funcionarios del INE y de los organismos públicos locales electorales). En cuanto al problema de agencia: el electorado no cuenta con toda la información que tienen los funcionarios de los órganos administrativos electorales; esto trae como consecuencia el oportunismo de muchos agentes (v. gr., es interesante revisar los casos de los órganos electorales locales de Chiapas y Colima⁴⁶). Por lo tanto, se crearían incentivos para apartarse del mandato del principal y actuar conforme a los propios intereses. El electorado difícilmente podrá vigilar la actuación de los servidores públicos, pues no cuenta con los incentivos necesarios y los costos serían muy elevados para hacerlo.

⁴⁶ Se han presentado irregularidades en algunos procesos electorales locales cometidas por quienes integran los consejos generales y que invitan a analizar la eficiencia ejecutada en el esquema de coordinación, de dirección y de vigilancia que debe prevalecer entre el ine y los OPLE. Dos ejemplos: en Chiapas, la Sala Superior del TEPJF ordenó al ine remover a todos los consejeros electorales al acreditarse que se incumplió con el principio de paridad de género y con el procedimiento para la emisión del voto de chiapanecos residentes en el extranjero. En Colima, la misma Sala ordenó al ine remover a la consejera presidenta ya que se comprobó su notoria negligencia, ineptitud o descuido en el desempeño de sus funciones o

Siguiendo con la aplicación del modelo, vamos ahora a analizar los tres tipos de costos bajo el esquema que anteriormente hemos planteado. Para lograr esto se muestran datos que corresponden a lo presupuestado y ejercido en las elecciones federales en México en el año 2015.

9.4.1. Costo ordinario

Recordemos que este costo supone el uso eficiente de los recursos asignados originalmente. Es necesario para la protección de los derechos humanos, en este caso para la salvaguarda de los derechos político-electorales. En concreto, el presupuesto operativo del INE, aprobado para el ejercicio fiscal 2015, ascendió a 13 217 millones de pesos y el financiamiento público a partidos políticos a 5355 millones. El presupuesto operativo global para ese año se incrementó un 10 % en términos reales en relación con el gasto ejercido en la elección federal de 2012 (INE, 2014). El crecimiento de este gasto es explicado por el Consejo General del INE (2014) en los siguientes términos:

- El INE debe operar 74 nuevas atribuciones derivadas de las leyes secundarias.
- Se deben establecer mecanismos de seguimiento y coordinación en las contiendas locales.
- Regularización del personal de módulos. Se otorga un beneficio a 5609 trabajadores del INE, quienes permanecían en un régimen de precariedad laboral.
- Creación de nuevas unidades técnicas. La nueva legislación electoral dispone que en adición a la estructura organizativa central y delegacional con que ya contaba el IFE, se instrumente una Oficialía Electoral y se incorporen a la Junta General Ejecutiva tres nuevas unidades técnicas: de Fiscalización, de Vinculación con los institutos locales y la de lo Contencioso Electoral. Este costo se estimó en 210,6 millones de pesos.
- Credencialización en el extranjero. El inicio del ejercicio de este derecho se dio en 2015 y su impacto presupuestal para ese año se estimó en 65 millones de pesos.
- Proyecto de infraestructura inmobiliaria. Se previó la construcción de las sedes de cinco juntas locales ejecutivas y una primera fase del proyecto de renovación del edificio sede. El efecto de estos proyectos fue de 719 millones de pesos (párrs. 2-3).

Con los montos descritos anteriormente podemos identificar el presupuesto ordinario asignado al INE y también el destinado al financiamiento público de los institutos políticos. De acuerdo con la propuesta de nuestro modelo, para considerar que un costo es ordinario,

labores, se determinó que la conducta desplegada por la citada funcionaria electoral local se traduce en una violación al principio de certeza y en una afectación directa inmediata a la credibilidad del Organismo Público Local Electoral.

cualquier actividad que tenga por fin proteger los derechos político-electorales, desde una plataforma nacional, tendrá que estar contemplada en los montos antes aludidos.⁴⁷

9.4.2. Costo necesario

Se incurre en este tipo de costo al ejercer vigilancia, control y en el otorgamiento de incentivos con objeto de atenuar el problema de agencia. Es muy difícil calcular un costo global en el cual se considere, precisamente, la participación de los funcionarios que llevaron a cabo acciones para dar solución al problema de agencia. Existen estimaciones, desde fuentes de información secundaria, que consideran que el costo de los comicios en 2015 ascendió a 31 938 millones de pesos (Huchim, 2015). Esta cantidad se integra con el presupuesto del INE, el de la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales de la Procuraduría General de la República, y el de los organismos públicos locales electorales.

Ahora bien, para identificar los costos necesarios, de forma más precisa, en el caso que nos ocupa se muestran en la tabla 9.2 algunos ejemplos de soluciones de agencia, que se desprenden del propio texto constitucional.

Tabla 9.2. Soluciones de agencia identificadas en la CPEUM.

Vigilancia	Control	Incentivos
Un órgano interno de control tendrá a su cargo, con autonomía técnica y de gestión, la fiscalización de todos los ingresos y egresos del INE. Los órganos de vigilancia del padrón electoral se integrarán mayoritariamente por representantes de los partidos políticos nacionales. Los representantes de los partidos políticos y los consejeros del poder legislativo concurrirán a las sesiones del Consejo del INE con voz, pero sin voto (art. 41, base V, apartado A).	Las sesiones de todos los órganos colegiados de dirección serán públicas en los términos que señale la ley. Las resoluciones del INE podrán ser impugnadas en los términos de la propia Constitución (art. 35, base VIII). Podrán ser sujetos de juicio político [...] el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del INE, los magistrados del TERJF, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos [...] (art. 110).	El Servicio Profesional Electoral Nacional comprende la [...] capacitación, [...] promoción [...] de los servidores públicos de los órganos ejecutivos y técnicos del INE (art. 41, base V, apartado D). El INE será autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento, y profesional en su desempeño [...] (art. 41, base V, apartado A).

Fuente: elaboración propia a partir de la ley.

⁴⁷ Cabe señalar que no es el propósito de este trabajo analizar si el presupuesto asignado al ine y a los partidos políticos es o no el adecuado, únicamente nos circunscribimos a identificar la fuente de los costos ordinarios.

9.4.3. Costo extraordinario

Este costo se origina cuando se trasgreden los derechos humanos que en principio debieron tutelarse, con recursos ya presupuestados. Entonces el quejoso acude a la instancia jurisdiccional correspondiente con el objetivo de que sus derechos sean restituidos, provocando gastos adicionales. Pongamos por caso el presupuesto operativo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), aprobado para el ejercicio fiscal 2015, mismo que ascendió a 3.062 millones de pesos en relación con el presupuesto del año 2012 que correspondió a 2.368 millones de pesos.

Este recurso se destina a resolver conflictos e impartir justicia, es decir, interfiere cuando un actor considera que sus derechos políticos-electorales han sido trasgredidos. Las estadísticas del TEPJF arrojan como resultado que tan solo en el año 2015 se resolvieron 27 669 asuntos, en el tribunal electoral del poder judicial de la federación. Aunque las impugnaciones no necesariamente están relacionadas con una trasgresión de derechos, sí es cierto que al activarse estos mecanismos jurisdiccionales se incurre en costos extraordinarios.

9.5. Conclusiones

Con lo anterior se han planteado los tres tipos de costos, con base en montos reales, a partir de las elecciones federales de 2015. Esquematizar de esta forma los diferentes estadios de gastos nos permite tener una perspectiva más amplia de los recursos que serán necesarios para hacer posible realmente el reconocimiento y operación de cualquier derecho humano. No es suficiente asignar un presupuesto a las instituciones y las dependencias para tutelar un derecho. Como se estableció, es necesario también considerar mecanismos encaminados a vigilar, controlar e incentivar la operación en la cual interviene el funcionario público. Además, se debe considerar el tercer supuesto: la posibilidad de que el titular o beneficiario acuda a una instancia jurisdiccional para solicitar el resarcimiento tras una violación de su derecho humano. Conocer este panorama de forma completa debería provocar una reflexión más profunda sobre la verdadera necesidad de priorizar la inclusión de nuevos derechos humanos a la Constitución mexicana, pues el presupuesto siempre estará limitado. De otra manera, podríamos tener la mayor gama de derechos humanos incluidos en el texto constitucional, aunque su reconocimiento fuera solo en el papel.

A manera de conclusión, frente al paradigma de las democracias contemporáneas de los Estados, relativo a reconocer en sus textos constitucionales el catálogo más amplio posible de derechos humanos, los actores políticos deben ser muy cuidadosos y actuar con plena responsabilidad. No se puede perder de vista que el reconocimiento de tales derechos

políticos y sociales está en función del presupuesto público y que este presupuesto siempre estará limitado.

Ignorar lo anterior implicaría que un juez constitucional desarrolle una función jurisdiccional que incida al fin en la política económica que debe estar a cargo del Gobierno y del Congreso. El constituyente permanente y el legislador ordinario podrían desarrollar una función legislativa que, por el aumento del catálogo de derechos políticos y sociales, obliga a la justicia constitucional a dictar sentencias ilusorias motivadas por su deber de salvaguardar los principios y libertades de la constitución.

Con el fin de contribuir a dilucidar el problema de las contradicciones constitucionales se propuso una nueva estrategia epistemológica, a partir de la *teoría de agencia*, la cual nos ayudó a comprender que, si bien el diseño y la implementación de la vigilancia, el control y los incentivos resultarán costosos, estos costos siempre serán inferiores si lo comparamos con el hecho de permanecer inmóvil frente a una conducta oportunista del agente.

La proposición de este trabajo es que a mayor número de derechos por proteger, mayor será la probabilidad de que estos sean trasgredidos y, a su vez, mayor será la posibilidad de que se deba recurrir a diversos mecanismos institucionales y legales para garantizar o restituir la violación de dichos derechos, provocando con esto mayores costos. Al respecto, valdría la pena que futuras investigaciones respalden esta proposición con datos empíricos.

Finalmente, no se puede soslayar el hecho de que, si un Estado democrático como el mexicano permite que los derechos humanos se exijan por la vía jurisdiccional, solo aquellos que tengan mayores recursos económicos, y por lo tanto mayor posibilidad de acceder a la justicia, podrán beneficiarse principalmente de su cumplimiento.

9.6. Referencias

- Barraza, A. (2000). Los derechos político-electorales de los ciudadanos mexicanos. En *Apuntes de derecho electoral* (pp. 399-477). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Berle, A. y Menas, G. (1932). *The modern corporation and private property*. MacMillan.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1990). *Informe Haití*. 1990.
- Cossío, J. (1999). Problemas de la justicia constitucional electoral. En J. J. Orozco Henríquez (coord.), *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas* (pp. 395-405). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Forsthoff, E. (1986). *Problemas constitucionales del estado social*. CEPC.
- García-Pelayo, M. (1991). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, [Obras Completas, Tomo II]. CEPC.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI Editores.

- Huchim, E. R. (2015, 26 de julio). Elecciones costosas. En *Reforma*. <http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=599774>
- Instituto Nacional Electoral. (2014). *La reforma electoral en marcha*.
- Jensen, M. y Meckling, W. (1976) Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360. [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X)
- Keneddy, D. (2003). Lawns and developments. En J. Hatchard, A. Perry-Kessaris y P. Slinn, *Law and development: facing complexity in the 21st century* (pp. 17-27). Cavendish.
- Maqueo, M. S. (2012). Derecho económico comparado. En L. Pegoraro (coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, (66), 108-112, Porrúa-IMDPC-UNAM-CITEJYC.
- México. Secretaría de Relaciones Exteriores. (2014). La política de derechos humanos en México. *Boletín informativo*, (64).
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Orozco, J. (1999). *Estudios electorales*. Porrúa.
- Rabin, J. (2007). *Handbook of public administration*. Taylor & Francis Group.
- Silva Meza, J. (2014). *La reforma constitucional en derechos humanos: el costo de su realización*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ugalde, L. C. (2002). *Rendición de cuentas y democracia, el caso de México*. Instituto Federal Electoral.
- Zagrebelsky, G. (1993). *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*. UTET.
- Zagrebelsky, G. (2004). *¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

10. Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES): ¿políticas públicas o comodín del gobierno de turno?⁴⁸

José Leonardo Ospina

José Fernando Hoyos

Olga Patricia López

10.1. Introducción

La metodología aplicada desde una línea cronológica partió de la identificación del objeto de estudio, definiendo luego los elementos y criterios necesarios, para lograr un análisis funcional de los desarrollos sucesivos en el tiempo, tanto en aspectos normativos como de infraestructura, que han venido dando lugar a lo que actualmente tenemos en Colombia respecto a las vías nacionales, la manera en que han sido contratadas y todo el tratamiento negocial, de identificación, prevención y cobertura de riesgos, teniendo presente que el derecho a la buena administración pública, a la movilidad, al libre tránsito y, sobre todo, a la efectiva garantía de mejores condiciones de vida a las poblaciones se tornan en la materialización de derechos fundamentales como pilar del Estado social y democrático de derecho y de las actuaciones del Estado y sus instituciones. Este pilar es reconocido a lo largo de la consolidación de la Constitución de 1991, la cual incluyó el nuevo capítulo concerniente a la enunciación de los derechos fundamentales que concentra una esencia principialística que propende por hacer de estos un catálogo abierto de protección, toda vez que la estructura respecto de la Constitución Nacional del 86 varió, de tal manera que constitucionalmente el Estado colombiano se constituyó en un orden antropocéntrico, en el que el sujeto está por encima de las instituciones y hay un reconocimiento de los derechos ora por conexidad ora directamente.

⁴⁸ Este escrito se presentó como ponencia en la Escuela de Verano de la Institución Universitaria de Envigado, realizada del 15 al 26 de julio de 2019. Además, es un trabajo derivado del proyecto de investigación doctoral “Urbanismo y derecho”, en la Universidad Autónoma de Barcelona, España

Ese reconocimiento directo implica que la Constitución a través de su promoción incluye los elementos taxativos para garantizar el cumplimiento de las garantías fundamentales fijadas allí. Por su parte, el factor conexidad viene de los artículos 93 y 94, referentes al bloque de constitucionalidad y la integración de derechos o garantías no expresados literalmente en la carta e incorporados a esta mediante el mencionado bloque.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Y a su vez, el artículo 94 expresa que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) diseña políticas para una vida mejor, propendiendo por la igualdad, el bienestar y las oportunidades, impactando el mejoramiento de los sistemas educativos, fomentando y dinamizando el desarrollo local y regional, sugiriendo reformas clave, promoviendo buenas prácticas tributarias, entre otras. Desde nuestro interés en el aspecto de desarrollo local y regional, encontramos que sus políticas tienen un mayor énfasis en alcanzar los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y específicamente el undécimo, atinente a las ciudades y las comunidades, lo cual redundará en beneficios en aspectos de agua, vivienda, transporte, infraestructura, uso de la tierra y cambio climático.

El dinamismo global en los intercambios y transacciones de los estados ha conllevado múltiples recomendaciones de entidades internacionales multilaterales como la OCDE; recomendaciones que se terminan acogiendo en gran medida a través de documentos que hacen parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, dadas las características de los negocios que se celebran, en muchas oportunidades las decisiones más significativas no se toman con argumentos normativos, sino de conveniencia de política pública, las cuales pueden ser tan flexibles como las múltiples opiniones que se tengan frente a un tema en particular por una línea de gobierno. Es destacable el mejoramiento en aspectos de planeación, presupuestación y, sobre todo, en las dinámicas contractuales que exigen estudios y documentos previos, en los que se incluyen consideraciones del mercado, matrices de riesgo y sus consecuentes exigencias o no de coberturas, es decir, garantías y seguros que ayudan en cierta medida a salvaguardar el patrimonio público.

La naturaleza jurídica y el alcance de los documentos expedidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) no son tan claros en el momento en que se estructuran y llevan a cabo los procesos de contratación de las entidades estatales; incluso llegan a ser desconocidos en su totalidad o, por el contrario, generan procesos contractuales, al punto de comprometer los recursos de varias vigencias fiscales.

El interés de los documentos CONPES es impactar principalmente en los aspectos económicos y sociales; no obstante, no son los únicos aspectos, pues hay situaciones complementarias como el medio ambiente y la materialización de los principios de la gestión administrativa y de la contratación estatal, y de la eficiencia y la eficacia de las relaciones contractuales en determinados sectores, que tienen un impacto para las generaciones presentes y futuras.

Los actos de corrupción en el manejo de los recursos públicos a través de la contratación estatal —noticia frecuente en nuestro país en todos los territorios— conllevan en ocasiones responsabilidades penales, fiscales y disciplinarias para los implicados, pero sobre todo implican el incumplimiento estatal de su tarea de llevar beneficios a la población (especialmente a la más vulnerable) como los Programas de Alimentación Escolar (PAE), el acceso vial y la movilidad en los territorios, la educación, la ejecución de programas de seguridad y el bienestar en general.

Esta situación nos lleva a pensar si verdaderamente existe la consciencia colectiva de cuidar y preservar los recursos públicos y el decoro en el manejo de las dinámicas públicas, las cuales deben propender por el interés general, enmarcado dentro de la Constitución Política del 91 como un deber esencial del Estado para sus asociados, y no solo como un deber, ya que ese mismo interés general deviene de la categoría sociológica del interés social concretado como cláusula indeterminada, lo cual le da el estatus de social y de derecho al Estado colombiano, tal como se evidencia en los artículos 1 y 58 de la Constitución. Al respecto, en la Sentencia C-548 de 1994, la Corte Constitucional fue más allá y estableció que:

dentro de los principios fundamentales consagrados en la Carta Política se encuentra el de la prevalencia del interés general -artículo 1o. CP- y como finalidades esenciales del Estado se establece la de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, para la vigencia de un orden justo -artículo 2o. CP-.

De lo anterior, se especifica que el principio del interés general no es absoluto, pero se enmarca como una cláusula que evidencia que, en el manejo de los recursos públicos, su prevalencia es inmanente; por lo cual, si existe una infructífera consciencia frente a la consolidación de un manejo razonable de los recursos, es necesario que desde el carácter

impositivo y coactivo de la norma jurídica y la invocación de los principios constitucionales se busque la eficacia pretendida.

La intención del presente escrito es enunciar algunos análisis al derredor de los documentos expedidos por el CONPES sobre la contratación estatal, resaltando cómo pueden llegar a ser útiles, pero cuestionando su carácter normativo.

La metodología utilizada ha sido de carácter dogmático, efectuando una indagación en las principales bases de datos de la Institución Universitaria de Envigado (IUE) y accediendo a bibliografía disponible en la página web de las entidades que expiden los documentos CONPES.

El desarrollo temático comienza con un primer acápite que aborda la definición y naturaleza jurídica de los documentos CONPES, con el cual se contextualizan los principales debates y reflexiones que han llevado a hablar de documentos como actos administrativos o, por el contrario, como documentos orientadores, pero sin alcance normativo. En segundo lugar, se continúa con el entramado de la contratación estatal transversalizada por los documentos CONPES, teniendo como paradigmas de análisis varios documentos expedidos en los últimos años y analizando su significancia. En un tercer y último momento, nos centramos en la disrupción ambivalente en las erogaciones del Estado con ocasión de lo establecido en dichos documentos CONPES, para terminar con algunas conclusiones que darán lugar a continuar un trabajo de reflexión.

10.2. Definición y naturaleza jurídica de los documentos CONPES

Resulta importante develar la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance de los documentos emitidos por el CONPES, pues de ellos se desprenden circulares externas únicas, circulares externas, manuales, guías y documentos tipo, acuerdos comerciales y trato nacional por reciprocidad emitidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, la cual fue creada mediante el Decreto-Ley 4170 de noviembre de 2011, pero también decisiones discrecionales, de gestión administrativa, en las diferentes entidades estatales sometidas a la contratación de la administración pública y de algunas entidades exceptuadas o con regímenes especiales.

Regulan políticas públicas con relación a un tema específico, a pesar de no ser normas de rango superior, puesto que no son leyes ni reglamentación administrativa. Además, conforme a la norma que crea al órgano que los expide, el presidente de la República ejerce su función de máximo orientador de la Planeación Nacional, convirtiéndolos en un instrumento para desarrollar su Plan de Gobierno. También cabe destacar que la parte orgánica de la Constitución por medio del artículo 341 dispuso que: “El Gobierno elaborará el Plan

Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura”. Esta facultad constitucional que le erigió la posibilidad al Gobierno en cabeza de su autoridad administrativa, el presidente de la República, de orientar y configurar la estructura de planeación a través de la elección de la Comisión Nacional de Planeación, es de gran relevación social, política y económica, puesto que enmarca el desarrollo del país y las dinámicas sociales que a través de la contratación estatal se efectúan para responder a la realidad social.

Teniendo en cuenta que los documentos CONPES abordan diversos temas relacionados con el desarrollo económico y social del país, se llevará a cabo un estudio somero de algunos de los que tratan el tema de la contratación estatal, específicamente en lo que respecta a concesiones, asociaciones público-privadas, urbanismo, construcción, mantenimiento y sostenibilidad de obra pública.

El CONPES tiene como antecedente normativo la Ley 19 de 1958 “sobre reforma administrativa”, como el organismo asesor principal del Gobierno nacional en temas de desarrollo económico y social; también funge como autoridad nacional de planeación, cuya función principal es coordinar y orientar a los organismos encargados de la dirección económica y social en el gobierno, a través del estudio y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales.

Estas políticas generales se materializan en los documentos CONPES, los cuales son elaborados por el consejo en coordinación con el ministerio o la entidad pública encargada de ejecutar los programas en el área bajo discusión. Estos contienen los lineamientos del presupuesto nacional, la racionalización de la economía a través de diferentes instrumentos interventores y la armonización del proceso presupuestal y de planeación en torno a los objetivos fundamentales del Estado, objetivos que no deberían variar de acuerdo al sistema de pensamiento de cada gobierno, ya que responden a una estructura constitucional de base según la cual, por conducto de los valores constitucionales enmarcados en el artículo 2 de la carta magna, se erigen las directrices por las que las instituciones del Estado deben transcurrir para materializar los derechos fundamentales y las garantías sociales de sus colegiados, máxime cuando se trata de la orientación del presupuesto nacional y la planeación organizacional que a través de la ejecución de contratos se hace. Para sustentar lo anteriormente dicho y apoyados en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-115 de 2017 en cuanto a los objetivos fundamentales del Estado, que no son otra cosa que la consecución de sus fines esenciales, tenemos que:

Esta Corte ha identificado ciertos instrumentos que resultan imprescindibles para el logro de los fines esenciales del Estado: los servicios públicos; los sistemas de seguridad

social; la intervención del Estado en la economía; los contratos de la administración pública y las prerrogativas exorbitantes reconocidas en dichas relaciones contractuales; el sistema de administración de personal de carrera administrativa; los tributos; el presupuesto y el gasto públicos; y la educación.

Según lo anterior resulta diáfano que unos de los pilares para la consecución de los fines del Estado son los contratos de la administración pública, mediante los cuales las instituciones del Estado son las participes y las encargadas a través de su ejecución de alcanzar ese carácter axiológico enmarcado en el artículo 2.

Ahora bien, dichos documentos plasman las decisiones de política pública aprobadas por el Consejo y en este sentido constituyen una de las principales herramientas para su formulación e implementación. Estos son el resultado de un trabajo coordinado y concertado entre diferentes entidades e instituciones del gobierno nacional, que establecen acciones específicas para alcanzar los objetivos propuestos, más allá de las acciones misionales.

En este punto es importante resaltar que cada gobierno, a través de la Ley Orgánica que aprueba el Plan de Desarrollo, conforme a lo dispuesto en la Ley 152 de 1994 “por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo”, ratifica al CONPES como autoridad nacional de planeación; en tal sentido, el Consejo en sus documentos especifica los objetivos, estrategias, políticas, programas, metas y recursos de los diferentes sectores y componentes de la política económica, social y ambiental enunciada de manera general en el plan. Es así como dichos documentos se convierten en el elemento de referencia más concreto para las ejecutorias de las políticas consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo para cada una de las entidades del sector público central y descentralizado.

Los integrantes del mencionado Consejo son permanentes; no permanentes; invitados y otros asistentes, los cuales actúan bajo la dirección del presidente de la República. Lo componen como miembros permanentes con derecho a voz y voto, el vicepresidente de la República, todos los ministros, el director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el director del Departamento Nacional de Planeación (DNP), y el director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación–Colciencias (Presidencia de la República, Decreto 2148, 2009).

Los documentos CONPES carecen de efecto vinculante, dado que este Consejo es un organismo colegiado de carácter supraministerial sin personería jurídica, no apto para ser sujeto de derechos u obligaciones, por lo que sus actuaciones no llegan a ser normas jurídicas emitidas por sujetos con competencias para ello. Empero, se reconoce su función para crear lineamientos generales que justifican las actuaciones, decisiones y normas expedidas por muchas otras entidades del Estado. En consecuencia, estos documentos no pueden clasificarse como actos administrativos, puesto que no modifican el ordenamiento jurídico, pues

para hacerlo, el documento o las recomendaciones allí contenidas deben ser adoptados por el gobierno de manera formal, conforme la creación de normas con carácter general, impersonal y abstracto.

De manera excepcional, y mediante la expedición de normas, se le han atribuido a los CONPES funciones con carácter vinculante, para otorgar conceptos o aprobaciones sobre actividades especialmente definidas, como han sido: (i) la declaración de importancia estratégica de proyectos financiados con cargo a vigencias futuras que sobrepasen el periodo de gobierno; (ii) los conceptos favorables de operaciones de crédito y garantías de la Nación; (iii) la distribución de excedentes financieros; (iv) la distribución de utilidades; (v) el reajuste de avalúos catastrales; (vi) la distribución de recursos del Sistema General de Participaciones para primera infancia y (vii) el establecimiento de la meta de balance primario, del marco de gasto de mediano plazo y del plan operativo anual de inversiones-POAI (Departamento Nacional de Planeación, 2018a).

Según el artículo 2.2.12.1.3 del Decreto 1869 de 2017 y de conformidad con la Ley 1955 de 2019, las funciones del CONPES son las siguientes:

1. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno nacional.
2. Aprobar los documentos de política económica y social, y aquellos que sirvan de base para la elaboración de los planes y programas nacionales de desarrollo.
3. Aprobar el proyecto del Plan Nacional de Desarrollo conforme a la Constitución y a la Ley 152 de 1994.
4. Estudiar y aprobar los informes periódicos u ocasionales que se le presente a través de su Secretaría Técnica, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales, sectoriales y regionales, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas.
5. Hacer seguimiento al avance de las metas del Plan Nacional de Desarrollo, para alcanzar plenamente los objetivos de desarrollo sostenible a los que se ha comprometido previamente la nación, de acuerdo con la información que las entidades territoriales alleguen a los ministerios, entidades competentes y al DNP, sobre la inclusión en sus planes de desarrollo de objetivos, metas y estrategias concretas dirigidas a la consecución de dichas metas.
6. Hacer seguimiento a los compromisos realizados por los ministerios y demás entidades a la luz de las políticas, planes, programas y proyectos aprobados por el CONPES.

7. Estudiar y definir, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal (CONFIS), los instrumentos de política fiscal (Superávit Primario para Sector Público No Financiero, Plan Financiero, Plan Operativo Anual de inversiones y Marco de Gasto de Mediano Plazo) según la normatividad vigente y adoptar las demás decisiones, conceptos o autorizaciones en materia presupuestal en los términos del Decreto 111 de 1996 y demás normas reglamentarias.
8. Adoptar las decisiones y emitir conceptos, autorizaciones o pronunciamientos relacionados con los proyectos bajo el esquema de asociación público-privada en los términos de la Ley 1508 de 2012 y las demás normas que la reglamentan.
9. Emitir conceptos y autorizaciones sobre la celebración de operaciones de crédito público y asimiladas en los términos del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el Decreto 1068 de 2015, y las demás disposiciones sobre la materia.
10. Las demás que de acuerdo con su naturaleza le hayan sido conferidas o le sean señaladas por otras disposiciones legales.

De acuerdo con el numeral 22 del artículo 2 del Decreto 1832 de 2012, y el artículo 2.2.12.2.2 del Decreto 1869 de 2017, el DNP ejerce las funciones de Secretaría Técnica del CONPES, asignadas mediante el artículo 8, numeral 3, de la Ley 152 de 1994, quien en el desarrollo de su rol y como máximo órgano encargado de la planeación nacional debe liderar la elaboración y el seguimiento de los documentos CONPES, y presentarlos al Consejo para su aprobación. Específicamente, el artículo 2.2.12.4.1 del Decreto 1869 de 2017 establece que el seguimiento se realiza a través del Sistema de Gestión de Documentos CONPES, SisCONPES 2.0, mediante el cual se establece el avance en el cumplimiento, por parte de las entidades participantes, de las acciones, objetivos y recomendaciones de las decisiones aprobadas.

Los documentos CONPES pueden estar relacionados entre sí, bien sea porque actualizan una política planteada anteriormente, modifican los lineamientos de una política previamente aprobada o abordan una rama distinta del problema tratado en un documento anterior y, por lo tanto, se complementan. Estos se pueden clasificar en documentos de política y en establecidos por norma (véase tabla 10.1).

Tabla 10.1. CONPES como política vs. como norma.

Documentos CONPES de política	Documentos CONPES por norma
Establecen lineamientos de política pública y formulan acciones que responden a problemáticas identificadas por uno o varios sectores en el ámbito nacional o regional. Parten de la idea de que las soluciones a los problemas identificados requieren del esfuerzo articulado de las entidades de los distintos sectores del orden nacional y, por lo tanto, proponen diversos instrumentos de política pública que deben ser implementados por las entidades responsables, toda vez que se enmarcan en los lineamientos de política del Plan Nacional de Desarrollo vigente.	Incluyen aquellos cuyo propósito se definen en los términos señalados por una ley vigente sobre la materia de la cual se ocupe, tales como los que versan sobre política macroeconómica, fiscal y financiera, los que dan concepto favorable, “mediante los cuales se someten a la aprobación del CONPES operaciones de crédito público externo o el otorgamiento de garantía de la nación”(p.13), los que dan instrucciones sobre la asignación de los excedentes financieros de los establecimientos públicos, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los de distribución de recursos del SGP (Sistema General de Participaciones) para primera infancia, entre otros.

Fuente: elaboración propia basada en Departamento Nacional de Planeación (2018a).

Teniendo un panorama sobre la naturaleza jurídica, el contenido y los alcances de los documentos CONPES, es momento de conectarlos con el tema elegido para el análisis de la fuerza vinculante que estos tienen, es decir, con la contratación estatal.

Las asociaciones público-privadas (APP) se encuentran reguladas en la Ley 1508 de 2012 y reglamentadas en los Decretos 1467 de 2012 y 100 de 2013. En dicha normativa se definen las herramientas aplicables, los procesos, los procedimientos de selección y contratación de inversionistas privados.

El artículo 1° de la Ley 1508 de 2012, define las APP como

[...] un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, **para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados**, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (negrita fuera del texto original) (Congreso de la República, 2012).

A su vez, el artículo 2°, trae a colación las concesiones, indicando que

Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

De ello se colige que las APP no son una nueva tipología de contratos estatales, sino que se trata de una herramienta jurídica que le permite al particular desarrollar proyectos, en principio, de infraestructura vial, los cuales se entregan en concesión al particular para operarlas, mantenerlas, mejorarlas o ampliarlas, con el fin de prestarle un servicio específico al público, con la obligación de revertirlas una vez se cumpla el plazo de la concesión.

10.3. La contratación estatal transversalizada por los documentos CONPES

El primer documento CONPES que trata el tema de los contratos de obra pública por el sistema de concesión es el N.º 2597 del 15 de junio de 1992, en el cual, con base en lo estipulado en el artículo 102 del Decreto 222 de 1983 que define el sistema de concesión, propone un nuevo esquema de financiación, construcción y mantenimiento, identifica las áreas de aplicación y define estrategias concretas para adelantar los proyectos de concesión en el país.

Del documento en cuestión se destaca que, desde aquella época, es decir hace 27 años, el Gobierno nacional había identificado la importancia de hacer partícipes del desarrollo de infraestructura vial a los particulares, pues ante la escasez de recursos públicos y, teniendo en cuenta la necesidad de apoyar la política de apertura, inició la búsqueda de recursos complementarios para la ejecución de aquellas obras con alta demanda y mayores índices de congestión.

En aquel momento se entendió que:

[...] el contrato de obra pública por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso. El gobierno, a su vez, prepara las condiciones para hacer atractiva la ejecución de los proyectos y controla el cumplimiento de las obligaciones del concesionario (DNP, CONPES 2597, 1992, p. 03).

A manera de conclusión, este documento es valiosísimo para comprender el desarrollo y la evolución de las concesiones en Colombia, pues determina de forma clara y precisa que le correspondía al Estado, específicamente a la institución del DNP (CONPES 2597, 1992), “definir los términos y condiciones financieras de los contratos, preparar la información técnica, financiera y legal que debe ser suministrada a los concesionarios y promover los proyectos entre los inversionistas privados” (p. 6).

Con relación al esquema financiero de los contratos de obra pública mediante la modalidad de concesión, propone el DNP (1992) una “combinación de capital de riesgo privado

con fondos del estado, los cuales aunados a recursos del sistema financiero, permiten llevar a cabo los proyectos” (p. 6).

Adicional a lo anterior, indicó qué información debía ser suministrada al concesionario, cuál sería el régimen tributario aplicable a este, cuáles serían los criterios de evaluación de las propuestas, entre otros factores, para finalmente, recomendar al CONPES una serie de tareas tendientes a poner en marcha el nuevo esquema de concesiones de obra pública.

Continuando en la línea de tiempo, nos topamos con el documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, cuyo contenido es el “Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones”, mediante el cual se definieron conceptos y acciones a seguir para el desarrollo de proyectos de tercera generación que recogieron los aciertos de los procesos anteriores y se pretendió fortalecer algunos aspectos específicos.

Cabe resaltar que el desarrollo de obras viales a través de concesiones se inició en Colombia en el año 1994 con la concesión de la vía Bogotá-Villavicencio, y que a partir de ese año se suscribieron quince contratos de concesión para la construcción de 456,6 km, la rehabilitación de 1492,6 km y el mantenimiento de 2533,9 km del Sistema Carretero Nacional, de los cuales trece pertenecen a la llamada Primera Generación de Concesiones y dos a la Segunda Generación de Concesiones.

Dicho documento realiza un diagnóstico de las dos primeras generaciones de concesiones, indicando que, en la primera, el Gobierno garantizaba ingreso mínimo, pagaba sobrecostos de construcción, de compra de predios, entre otros, toda vez que, al momento de adjudicar la respectiva licitación, no se contaba con la totalidad de estudios de ingeniería y otros documentos técnicos que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos.

De otro lado, de la segunda generación de concesiones se destaca que se presentaron mejoras sustanciales en cuanto a la asignación de riesgos y a la conceptualización legal y financiera del proyecto. Sin embargo, los proyectos se planearon a veinte años, lo que generó que algunos de estos fueran catalogados, en su momento, como sobredimensionados para la época, pues no correspondía con las condiciones de tráfico de las vías de aquel entonces.

En cuanto a la nueva política de concesiones de tercera generación introducida con el susodicho documento CONPES, se tiene que uno de sus ejes centrales es evaluar y estructurar los proyectos con énfasis en la operación y el nivel de servicio, introduciendo aspectos socioeconómicos dentro de su estructuración, además de minimizar la inversión pública y con ello los riesgos asumidos por el Estado, maximizando los beneficios socioeconómicos de los proyectos en las zonas de influencia.

Corolario de lo anterior, otro de los grandes cambios que introdujo la nueva política de concesiones, fue el desarrollo de proyectos de infraestructura vial bajo el criterio de corredo-

res estratégicos de carga, con lo que se buscó dinamizar la economía y brindar integralidad de soluciones en el transporte terrestre.

Finalmente, los trazados de los proyectos de concesiones viales de tercera generación debían buscar un punto de equilibrio donde se presentaran los mínimos costos económicos, se garantizara la mejor operación de la vía, reflejada en su máximo nivel de servicio, y donde el grado de susceptibilidad ambiental fuera el más bajo. Así mismo, la nueva política hizo especial énfasis en el fortalecimiento de la gestión en valorización y compra de predios, como en el seguimiento y control a la ejecución del contrato de concesión, aspectos que fueron una de las mayores debilidades de las dos primeras generaciones.

Un poco más adelante en el tiempo, con el CONPES 3186 del 31 de julio de 2002, el gobierno de turno, determinó “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la Contratación Pública”, con la cual se pretendió generar un impacto socioeconómico que trascendiera el enfoque puramente jurídico “formal” con el que el tema había sido tratado tradicionalmente.

En términos generales, este documento hizo un recorrido por la normativa que rige la contratación, criticando su dispersión en el ordenamiento jurídico, las múltiples excepciones al Estatuto Único de Contratación y al Registro Único de Proponentes. En cuanto a la gerencia y administración de los contratos, resaltó su deficiente planeación, por la falta de auditorías y controles a la actividad contractual, sobre todo en el ámbito territorial, sumado a la falta de idoneidad de los funcionarios que participan de la contratación.

Adicional a lo anterior, el documento CONPES 3186 de 2002 crea el “Consejo Nacional de Contratación (CNC)”, que sería el órgano del Gobierno nacional encargado de la formulación de una política pública integral en materia de contratación pública, cuyas actividades principales fueron: desarrollar los objetivos y establecer los mecanismos de intervención económica en la actividad contractual del Estado y ejercer la regulación de la actividad contractual del Estado en aquellos aspectos “deslegalizados”; y el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública, el cual se pensó como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública para integrar, combinar y proporcionar de manera centralizada la información sobre la misma, con el fin de promover la interacción entre entidades contratantes, entes de control y contratistas, ofreciendo de paso herramientas idóneas para la selección objetiva y celebración de contratos electrónicos.

Otro de los documentos CONPES de carácter significativo para la contratación estatal es el 3249 del 20 de octubre de 2003 “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”, pues mediante este el Gobierno propuso ciertas modificaciones a la Ley General de Contratación, basándose en los principios que deben aplicar a todas las entidades que contratan con dineros públicos, resaltando entre ellos la transparencia, la eficiencia, la eficacia y

la selección objetiva. Además, determinó un nuevo marco institucional para la contratación pública, con el fin de materializar las políticas públicas que en dicha materia se generen, así:

- El CONPES tendría a su cargo la orientación general de la política de contratación del Estado.
- El Comité Nacional de Contratación sería la instancia encargada de proponerle al CONPES la consideración de aquellos asuntos que comprometan el diseño de la política pública contractual. En tal sentido tendrá a su cargo el estudio y aprobación previa de los documentos respectivos, así como la revisión y aprobación de los proyectos de actos administrativos y directrices que se requiera producir para la materialización de las decisiones de política pública ya adoptadas por el CONPES. Corresponderá al CNC valorar y emitir concepto sobre los proyectos de ley, decretos reglamentarios y directrices en los que se traten aspectos relativos a la actividad contractual de las entidades, con el propósito de preservar la coherencia entre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las políticas públicas adoptadas por el CONPES y los reglamentos y directrices que en su desarrollo se produzcan.
- Secretaria técnica del CNC a cargo del DNP, responsable de la preparación de los estudios y documentos que sirvan de base para el trabajo del CNC.
- Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones que tendrá a su cargo la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica, en desarrollo de la política que para el efecto establezca el CONPES y de conformidad con las directrices específicas del CNC.

Un tema de significancia en el mejoramiento del deber de planeación, la selección objetiva y la primacía del interés general sobre el particular en la contratación estatal fue el documento CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011 “Del riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública”, con lo cual se posibilita mejorar las ejecuciones, tener claridad de las coberturas de riesgos posibles, y durante las ejecuciones y con posterioridad a las mismas poder tomar medidas que restablezcan el equilibrio contractual en el evento de haberse alterado.

La audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos es de carácter obligatorio en la licitación pública y opcional para las demás modalidades de selección, resultando como el espacio indicado para que la entidad estatal delibere con los particulares interesados del proceso de selección y decidan sobre las cargas que cada uno de ellos tendrá, a fin de salvaguardar el cumplimiento de los fines del Estado, estipulados en el artículo 2° de Constitución Política de 1991.

Es de tanta significancia la audiencia mencionada, que se indica en el mencionado documento CONPES como, “las entidades deberán atender y considerar las solicitudes de los

proponentes, relacionadas con los riesgos previsibles que sean objeto de consideraciones de fondo, y si es del caso reconsiderar los elementos estructurales de los procesos de selección” (DNP, 2011, CONPES 3714, p. 35). También argumenta que a la “previsibilidad va ligada a la posibilidad de la identificación y cuantificación del riesgo en condiciones normales, porque entre mayor probabilidad del evento mayor previsibilidad del mismo” (p. 18).

Las imprecisiones en relación con los riesgos previsibles, conforme a su tipificación, asignación y estimación podrían conllevar la necesidad por parte de la entidad estatal que promueve el proceso contractual de revocar la apertura, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, pues de la audiencia obligatoria en la licitación pública queda un documento que no puede modificarse unilateralmente por la entidad estatal, so pena de cuestionamientos y responsabilidades disciplinarias, penales o fiscales.

Lineamientos para comprender el concepto y alcance de “riesgo previsible” comienzan por su entendido, “son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales” (DNP, 2011, CONPES 3714, p. 14), lo que lo diferencia de otros riesgos no previsibles enunciados en el documento CONPES:

1. El incumplimiento total o parcial del contrato.
2. Los hechos derivados de la responsabilidad extracontractual.
3. Los que corresponden a la teoría de la imprevisión. Aquellas circunstancias que no pueden ser identificables o cuantificables.
4. Las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes establecidas en la Constitución y la ley.

En el año 2012 con la expedición de la Ley 1508 nace a la vida jurídica el Régimen de las Asociaciones Público Privadas, con base en la cual el Gobierno nacional mediante documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013 “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales” presentó los lineamientos de política del programa de cuarta generación de concesiones viales 4G, orientados a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país.

Los lineamientos se resumen en cuatro componentes principales: (i) estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura, (ii) procesos de selección que promuevan participación con transparencia, (iii) gestión contractual enfocada a resultados

y (iv) distribución de riesgos en el programa. Estos lineamientos han sido utilizados en la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de los corredores viales que se priorizaron en dicho documento.

El documento CONPES 3760 de 2013 estableció que en la nueva generación de concesiones 4G se implementarán los principios estipulados en la Ley 1508 de 2012 por medio de la cual se expidió el régimen jurídico de las APP y se introdujeron las mejores prácticas internacionales en materia de estructuración de proyectos, centrándose entre otros aspectos, en los siguientes puntos:

- Mayor maduración de estudios previos en la estructuración técnica, ambiental, social, legal y financiera del proyecto.
- Desembolso de recursos públicos condicionado a la disponibilidad de infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.
- Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos.
- Incorporación de nuevas herramientas para la solución alternativa de conflictos previstas en la ley.

En concordancia con los lineamientos anteriormente enunciados, el CONPES 3770 del 23 de septiembre de 2013 “Cuarta generación de Concesiones viales: autopistas de la prosperidad”, relacionó nueve corredores viales que conforman el proyecto Autopistas para la Prosperidad, el cual hace parte del programa Concesiones Viales de Cuarta Generación (4G), pues el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos” (PND) reconoció la infraestructura de transporte como una locomotora estratégica de crecimiento y, en concordancia con ello, el programa 4G se dirigió a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país (Congreso de la República, Ley 1450, 2011).

De acuerdo con el PND 2010-2014 y con el fin de incentivar la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura tanto productiva como social que requiere el país, además de la Ley 1508 de 2012 y el documento CONPES 3770 de 2013, se expidieron también los Decretos 1467 de 2012, 100 de 2013, 1610 de 2013 y la Resolución 3656 de 2012 del DNP, con lo cual se definen las herramientas aplicables al desarrollo de APP bajo un nuevo marco normativo estable y claro, rector de los procesos y procedimientos de selección y contratación de inversionistas privados.

Una vez puestas en marcha las respectivas licitaciones de cada uno de los proyectos pertenecientes a Autopistas para la Prosperidad, y luego de la aprobación de los proyectos

por parte del CONPES, en el proceso licitatorio y como producto del proceso de preguntas y respuestas de aclaración a pliegos surgieron discusiones con los diferentes actores interesados en el programa, tales como firmas constructoras, precalificados, bancos, aseguradoras, entre otros, sobre aspectos de la estructuración de los proyectos que impactan la bancabilidad de los mismos, lo que llevó a plantear ajustes a las cláusulas contractuales que rigen las condiciones financieras y de asignación de riesgos de los proyectos aprobados por el CONPES, razón por la cual el documento CONPES 3800 del 27 de enero de 2014 modificó los lineamientos de política de riesgos en el Programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales incluidos en el documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013. En la tabla 10.2 se mencionan algunos de los documentos CONPES más importantes en cuanto a contratación.

Tabla 10.2. Relación de documentos CONPES significativos para la contratación estatal.

Año	CONPES	Temática
1992	2597	Contratos de obra pública por el sistema de concesión.
1995	2775	Participación del sector privado en infraestructura física.
1999	3045	Programa de Concesiones viales 1998-2000: Tercera generación de concesiones.
2002	3186	Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.
2002	3196	Régimen jurídico del CONPES y compilación de los documentos CONPES periodo 1998-2002.
2003	3249	Política de contratación pública para un Estado gerencial.
2007	3484	Política nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas; un esfuerzo público-privado.
2008	3527	Política Nacional de competitividad y productividad.
2009	3582	Política nacional de ciencias, tecnología e innovación.
2010	3674	Lineamientos de política para el fortalecimiento del sistema de formación de capital humano SFCH.
2010	3678	Política de transformación productiva; un modelo de desarrollo sectorial para Colombia.
2011	3714	Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.
2013	3760	Proyectos viales bajo el esquema de APP: Cuarta generación de concesiones viales.
2013	3770	Cuarta generación de concesiones viales: Autopistas para la Prosperidad.
2014	3800	Modificación al documento CONPES 3760: Proyectos viales bajo el esquema de APP: Cuarta generación de concesiones viales.
2018	3934	Política de crecimiento verde.

Fuente: elaboración propia basada en Departamento Nacional de Planeación (2021).

10.4. Disrupción ambivalente en las erogaciones del Estado

En este acápite analizaremos la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A, de abril 11 de 2019, acción de simple nulidad, consejera ponente María Adriana Marín, radicado 11001032600020140013500, número interno 52 055, con la cual se declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013. También el documento CONPES 3934 de 2018 “Política de crecimiento verde”, la Ley 1882 de 2018 y la Sentencia de la Corte Constitucional C-207 de 2019, respecto al artículo 20 de la mencionada Ley.

El artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 disponía antes de la declaratoria de nulidad parcial por el Consejo de Estado lo siguiente, conforme a las consideraciones de la alta corte:

Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto Ley 4170 de 2011 le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición el presente decreto.

2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del Plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

4. Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

En la *ratio decidendi* se analiza si con la expedición del Decreto 1082 de 2015 había quedado derogado el Decreto 1510 de 2013 y si era de contera pertinente o no un pronunciamiento sobre las disposiciones normativas demandadas de este último, también la potestad reglamentaria, su concepto, características, contexto, contenido, alcance y límites en materia de contratación estatal, por cuando fue necesario determinar competencias de

la Agencia Nacional de Contratación Pública, cumplimiento de principios como el de publicidad y la naturaleza de los manuales y guías expedidos por dicha entidad y las minutas tipo de contratos, situación esta última con la que se podría afectar la discrecionalidad de la administración pública en los asuntos de gestión contractual, reconocida en el numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

El gasto público tiene unas prioridades desde la Constitución Política de 1991, y en lo que orienta la satisfacción de necesidades para el cumplimiento de los fines del Estado, encontramos que las dinámicas de contratación estatal permiten la materialización de muchas de ellas, por lo cual, en la planeación y ejecución de vías nacionales, encontramos una posibilidad interesante para la promoción y garantía de derechos fundamentales, toda vez que el desarrollo local y regional pasa por la adecuada identificación de necesidades, de una manera participativa, y una consecuente destinación de recursos para su satisfacción.

Generar consensos a través de documentos oficiales como son los CONPES, que en ocasiones tienen connotación meramente de política pública y en otras trascienden a lo normativo, en torno a las exigencias y orientaciones que motivan las decisiones para el desarrollo vial del país, es un aspecto que debe resaltarse, pues los argumentos quedan plasmados en documentos que sirven a las generaciones presentes y futuras para tomar mejores decisiones, de acuerdo con las comparaciones que se puedan tener a nivel internacional y de las experiencias vividas de manera local, por ello, es de resaltar que estos documentos con estructura dócil de política pública deberían además incluir los postulados constitucionales que desde el articulado superior se exigen, puesto que, la condición de existencia de estos documentos que pretenden generar bienestar social es satisfacer las necesidades de los diferentes sectores sociales a través de la contratación pública planificada. Al tenor del artículo 366 superior es necesario complementar que: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”.

El documento CONPES 3934 de 2018 “Política de crecimiento verde” reconoce el

[...] rol dinamizador que tiene el sector público en la promoción de un consumo responsable y sostenible, se establecen las siguientes acciones lideradas por Colombia Compra Eficiente. La primera corresponde a la publicación en el año 2018 de una Guía de Compras Públicas con criterios de sostenibilidad, dirigida a los proveedores, entidades públicas y actores involucrados en la contratación estatal de bienes y servicios. Posteriormente, entre 2018 y 2022 se realizarán 18 capacitaciones a proveedores y entidades sobre la apropiación de criterios de sostenibilidad para compras estatales y la aplicación de la Guía de Compras Públicas. Finalmente, se incorporarán criterios de sostenibilidad en nuevos acuerdos marco o instrumentos de agregación de demanda, para productos que se ofrecen en la tienda virtual. Esta actividad será desarrollada a partir del año 2018 hasta

el año 2022, periodo en el cual se tendrán nueve acuerdos o instrumentos de agregación adicionales para un total de 18 (p. 89).

Esta última política que mencionamos toca aspectos importantes de medio ambiente, del cual se han dado consideraciones para ser catalogado como fundamental, en tanto sea necesario para la vida en condiciones dignas. Es así como la promoción de acciones afirmativas que buscan impactar la equidad de la sociedad, más el respeto por las mejores prácticas ambientales van configurando toda una nueva tendencia por la garantía y materialización de derechos fundamentales a través de la contratación, sobre todo en un aspecto que posibilita la movilidad y el mejoramiento de condiciones de muchas regiones de nuestro país, al permitir acceso y dinamismo económico. Si bien esa configuración de condiciones que posibiliten el disfrute y materialización de los postulados fundamentales encarnados por el constituyente del 91 se pretende garantizar mediante la aplicación del documento inmediatamente anterior, ello no obsta para aclarar que dicha aplicación debe corresponder a lo emitido por la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2019 en la cual la Corte estableció que:

la protección del medio ambiente se enmarca en tres obligaciones concretas para el Estado. La primera, de carácter general, que establece el deber de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente. La segunda y la tercera, a su turno, son de carácter específico, en tanto que establecen deberes de: (i) conservar las áreas de especial importancia ecológica; y (ii) fomentar la educación para el logro de los precitados fines. La jurisprudencia ha precisado que el alcance de estos compromisos se concreta en obligaciones para el Estado de: “1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera” (Corte Constitucional, 2019a).

Con la anterior precisión, al unir conceptualmente lo dispuesto por el CONPES 3934 de 2018 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se pretende dar cumplimiento al 79 superior, el cual dispuso que: “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

Así, a través del CONPES y de las actividades estatales de promoción del ambiente sano se pueden salvaguardar las disposiciones constitucionales.

10.5. Conclusiones

Las prácticas contractuales de infraestructura nacional han tenido una evolución positiva conforme a las experiencias permanentes de ejecución. La trazabilidad en el caso específico de las vías nacionales puede observarse en las temáticas y el contenido que los documentos CONPES incorporan. En ellos se dilucidan los aspectos presupuestales y de planeación, de los cuales los estudios y documentos previos, en especial sobre las condiciones del mercado y las matrices de riesgo, son significativos para la protección de los intereses y del patrimonio público, al punto que desconocerlos puede conllevar la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato suscrito.

Las tendencias internacionales se van incorporando a las dinámicas de contratación de la administración pública colombiana, observándose en el año 2018 la estipulación de una política pública de crecimiento verde, con la cual se establecen criterios para la sostenibilidad, a ser tenidos en cuenta por los diferentes actores de la contratación de la administración pública, entre ellos, las calidades de los proveedores, pero también la discrecionalidad de las entidades estatales para la estipulación de los términos y condiciones de las convocatorias públicas que se requieren en estas materias, y el marco de las ejecuciones contractuales, en el que se involucre la salvaguarda de la sostenibilidad ambiental de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales que se integran a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93 superior).

En cumplimiento del objetivo del presente documento, y analizados someramente los CONPES mencionados, podría decirse que estos no tienen ningún tipo de vinculación contractual para las entidades estatales, pues son documentos de políticas del Gobierno nacional sin carácter jurídico ni vinculante.

Los documentos CONPES emiten recomendaciones de política económica y social y no órdenes; contienen directrices que coadyuvan a las actividades de planeación del Estado, mas no mandamientos obligatorios para las entidades u órganos estatales y muchísimo menos para los particulares.

No sobra recordar que las entidades estatales se obligan con los particulares por la vía contractual y los documentos CONPES no son compulsivos para los particulares, de manera que las entidades estatales no asumen responsabilidad frente a los particulares cuando estos toman decisiones con base en documentos CONPES.

No obstante lo anterior, vimos en el desarrollo del presente escrito como el documento CONPES es utilizado por cada gobierno de turno para implantar o establecer políticas públicas alrededor de un tema específico, emitiendo recomendaciones disfrazadas que a la postre se convierten en verdaderos mandatos legales, pues de dichas políticas ha nacido un sinnúmero

de normas que sí tienen fuerza vinculante; por ejemplo, la Ley 1508 de 2012 nació a raíz de la necesidad de inyección de capital privado para la ejecución de obras públicas de infraestructura vial de gran envergadura e importancia para el desarrollo económico del país.

10.6. Referencias

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional N.º 116.
- Colombia. Congreso de la República. (1958, 18 de noviembre). Ley 19. *Sobre reforma administrativa*.
- Colombia. Congreso de la República. (1994, 15 de julio). Ley 152. *Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*. Diario Oficial N.º 41 450.
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. (2011, 16 de junio). Ley 1450. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Diario Oficial N.º 48 102.
- Colombia. Congreso de la República. (2012, 10 de enero). Ley 1508. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 48 308
- Colombia. Congreso de la República. (2018, 15 de enero). Ley 1882. *Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial N.º 50 477.
- Colombia. Congreso de la República. (2019, 25 de mayo). Ley 1955 de 2019. *Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*. Diario Oficial N.º 50 964
- Colombia. Consejo de Estado. (2019, 11 de abril). *Sentencia radicado 52 055*, simple nulidad, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección A (María Adriana Marín, C. P.).
- Colombia. Corte Constitucional.(1994, 1 de diciembre). *Sentencia C-548* (Hernando Herrera Vergara, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2017, 22 de febrero). *Sentencia C-115* (Alejandro Cantillo Linares, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2019a, 30 de enero). *Sentencia C-032* (Gloria Ortiz Delgado, M. P.).
- Colombia. Corte Constitucional. (2019b, 16 de mayo). *Sentencia C-207* (Cristina Pardo Schlesinger, M. P.).
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (1992, 15 de junio). CONPES 2597. *Contrato de obra pública por el sistema de concesión*.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (1999, 17 de agosto). CONPES 3045. *Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones*.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2002, 31 de julio). CONPES 3186. *Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la Contratación Pública*.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2003, 20 de octubre). CONPES 3249. *Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial*.

- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2011, 1 de diciembre). CONPES 3714. *Del riesgo Previsible en el marco de la política de contratación pública.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2012, 20 de diciembre). Resolución 3656. *Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012.* Diario Oficial N.48651.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2013a, 20 de agosto). CONPES 3760. *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2013b, 23 de septiembre). CONPES 3770 *Cuarta generación de Concesiones viales: autopistas de la prosperidad.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2014, 27 de enero). CONPES 3800. *Modificación al documento CONPES 3760. Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2018a). *Guía metodológica para la elaboración y seguimiento de documentos CONPES.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2018b, 10 de julio). CONPES 3934. *Política de crecimiento verde.*
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2021). El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. Consultado el 2 de mayo de 2021. <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>
- Colombia. Presidencia de la República. (1983, 2 de febrero). Decreto 222. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial N.º 36189.
- Colombia. Presidencia de la República. (2009, 8 de junio). Decreto 2148. *Por medio del cual se modifican los Decretos 2132 de 1992 y 627 de 1974.* Diario Oficial N.º 47 374.
- Colombia. Presidencia de la República. (2011, 3 de noviembre). Decreto-Ley 4170 . *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura.* Diario Oficial N.º 48 242.
- Colombia. Presidencia de la República. (2012a, 6 de julio). Decreto 1467. *Por la cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.* Diario Oficial N.º 48 483.
- Colombia. Presidencia de la República. (2012b, 31 de agosto) Decreto 1832. *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Nacional de Planeación.* Diario Oficial N.º 48 539.
- Colombia. Presidencia de la República. (2013a, 25 de enero). Decreto 100. *Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012.*
- Colombia. Presidencia de la República. (2013b, 17 de julio). Decreto 1510. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.* Diario Oficial N.º 48 854.

Colombia. Presidencia de la República. (2013, 30 de julio). Decreto 1610. *Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012*. Diario Oficial N.º 48 867.

Colombia. Presidencia de la República. (2017, 15 de noviembre). Decreto 1869. *Por medio del cual se sustituye el Título 12 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación, en lo relacionado con el funcionamiento del Consejo de Política Económica y Social (CONPES)*.

Autores

Andrés Felipe Roncancio Bedoya.

Abogado de la Institución Universitaria de Envigado. Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Doctorando en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado. Líder de la línea en Derecho Administrativo, Estructura y Funcionamiento del Estado. Investigador categoría asociado del Ministerio de Ciencias Tecnología e Innovación de Colombia. afroncancio@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>.

Diego Alejandro Hoyos C.

Abogado de la Institución Universitaria de Envigado. Especialista en Responsabilidad Estatal. Magíster en Derecho. Docente investigador de la Institución Universitaria de Envigado. dahoyos@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8607-8957>.

Eduardo Gaona-Domínguez.

Doctor en Ciencias Administrativas. Maestro en Derecho, ITESM, Monterrey, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Nivel C. Profesor del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey y de la Universidad de Monterrey. Se ha desempeñado en la función electoral en el Tribunal Estatal Electoral y actualmente en la Comisión Estatal Electoral Nuevo León. gaonae@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-97378-8741>.

Fernando Carlos Terreros Calle.

Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali. Magister en Educación Superior de la Universidad Santiago de Cali. Doctorando en Derecho de la Universidad de Medellín. fernando.terreros00@usc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5199-8876>.

Ferney Moreno.

Abogado y profesor de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali y de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Doctor en Estudios de Derecho Político de la Universidad UNED de España. ferneymoreno41@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6059-0802>.

John Fernando Restrepo Tamayo.

Abogado de la Universidad de Antioquia. Politólogo de la Universidad Nacional. Magíster en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. jfrestrepo@udem.edu.co. ORCID: orcid.org/0000-0002-4561-3041.

José Fernando Hoyos.

Integrante del grupo de investigación Auditorio Constitucional. Docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. jfhoyos@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0276-1631>.

José Leonardo Ospina.

Abogado. Estudiante de doctorado en Derecho. Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Integrante del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Coordinador de la especialización en Contratación Estatal. jlospina@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6464-1574>.

Juan Edilberto Rendón Ángel.

Doctor en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Docente ocasional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. jerendon@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8154-1882>.

Lady Juliana Guevara.

Abogada de la Institución Universitaria de Envigado. Especialista en Derecho Administrativo y Laboral de la Institución Universitaria de Envigado. Magíster en Diseño, Gestión y Dirección de Proyectos de UNINI, Puerto Rico. Candidata a doctora en Proyectos de UNINI, México. Docente de tiempo completo del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado. ljguevara@correo.iue.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5778-799X>.

Michael G. Núñez Torres.

Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Nivel I. Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. michael.nuneztr@uanl.edu.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5742-5358>.

Olga Patricia López.

Estudiante de la Especialización en Contratación Estatal de la Institución Universitaria de Envigado. Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Líder jurídica en la Empresa de Seguridad del Oriente, ESO Rionegro S.A.S. patriloph@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7872-4610>.

Pedro Alejandro Jurado Castaño.

Abogado de la Universidad de Medellín. Magister en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Doctorando en Filosofía de la Justus Liebig Universität Gießen y la Universidad de Antioquia. Jefe del programa de Ciencia Política de la Universidad de Medellín. Docente e investigador de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. pjurado@udem.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1321-2112>.

Rubén Darío Palacio Mesa.

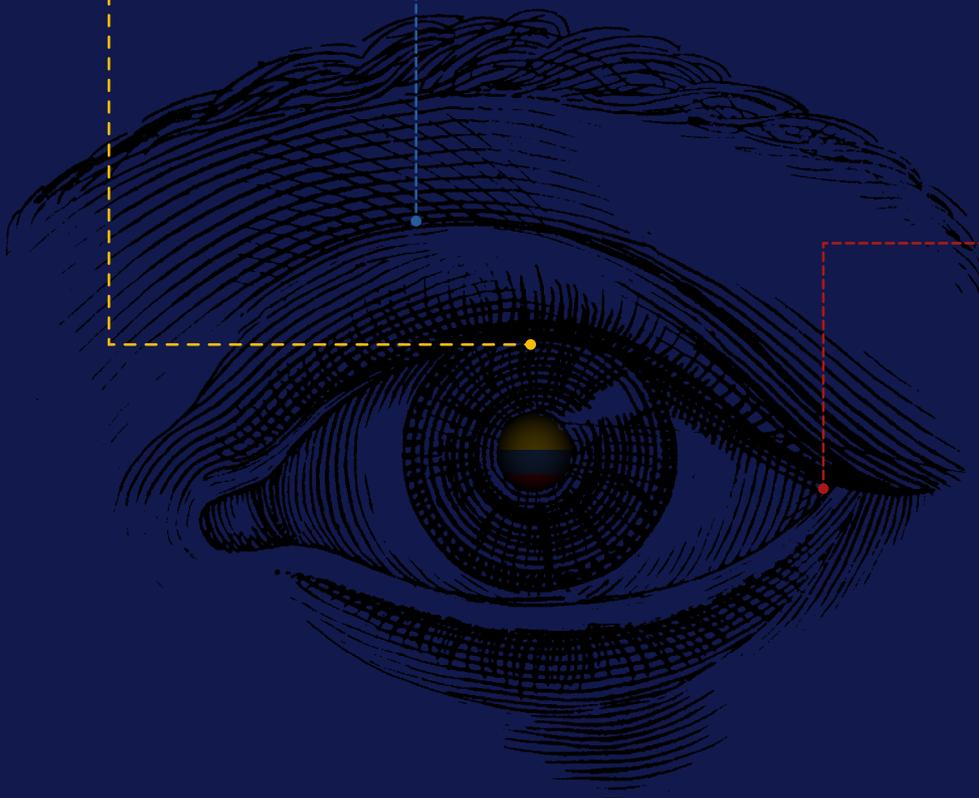
Doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Psicólogo de la Universidad de Chicago. Licenciado en Lenguas Modernas. Magíster en Filosofía. Profesor de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. rupalacio@udem.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9029-3094>.

Sergio Iván Estrada Vélez.

Profesor de Teoría del Derecho, Principialística y Hermenéutica Jurídica de la Institución Universitaria de Envigado. Miembro del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la misma institución. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Director/fundador del Centro Colombiano de Estudios Constitucionales. sergioestradavelez@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7633-6841>.

Víctor Julián Moreno Mosquera.

Abogado de la Institución Universitaria de Envigado. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctorando en Derecho de la Universidad de Medellín. vjmoreno@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4645-3553>.



Fondo Editorial
Institución Universitaria de Envigado