Constitución y Derechos

REALIZANDO LOS DERECHOS

SU FILOSOFÍA Y PRÁCTICA EN AMÉRICA LATINA

Rodolfo Arango Rivadeneira

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

1917 2017
CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Realizando los derechos

Su filosofía y práctica en América Latina

Constitución y Derechos

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

1917 2017
CENTENARIO
DE LA CONSTITUCIÓN
Política de los Estados Unidos Mexicanos
QUERÉTARO

Realizando los derechos

Su filosofía y práctica en América Latina

Rodolfo Arango

Instituto de Estudios Constitucionales
2016

Primera edición: septiembre de 2016

Realizando los derechos
Su filosofía y práctica en América Latina

Coordinación: Rogelio Flores Pantoja
Diseño de portada: Antonio Rangel
Corrección y formato: Alfredo Pérez Guarneros
Carolina Hernández Parra
Felipe Luna

© Rodolfo Arango Rivadeneira

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-27-1

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Contenido

Prólogo 13

I
FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

1. La objetividad de los derechos fundamentales 21
1.1. Introducción: una mirada histórica a los derechos. . 21
1.2. El renacer del derecho natural 24
1.3. El reenfoque pragmatista sobre la objetividad de los derechos 28
1.4. Un concepto bien desarrollado de derechos fundamentales 33
1.5. Conclusiones 35

2. Los derechos humanos como límite a la democracia 39
2.1. Introducción. 39
2.2. Las emociones morales como fundamento de los derechos humanos 42
2.3. La objetividad en el derecho y las emociones morales como guía de la decisión judicial correcta . 51
2.4. La derrotabilidad de la tesis presidencial de la coacción insuperable 55
2.5. Conclusiones 58

3. Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales 61
3.1. Introducción. 61
3.2. El trasfondo filosófico de la discusión: Putnam *vs.* Habermas y Habermas *vs.* Alexy 62
3.2.1. La distinción entre normas y valores según Habermas 63
3.2.2. El debate Putnam *vs.* Habermas 64
3.2.3. La objeción de Habermas a la concepción alexiana de los derechos fundamentales 68
3.3. La perspectiva analítica 73
3.3.1. Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista constitucional 73
3.3.2 Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista de la filosofía analítica del derecho 78
3.4. Conclusiones 82

4. Derechos y fines políticos 85
4.1. Introducción. 85
4.2. Derechos y fines políticos 87
4.2.1. Argumentos de principio y argumentos políticos. 88
4.2.2. Fines políticos y derechos: absolutos o relativos 89
4.2.3. Derechos generales e institucionales: abstractos y concretos. 90
4.3. Gasto público, derechos constitucionales y justicia. 94
4.3.1. Incidente fiscal. 95
4.3.2. Atención a la población desplazada 100
4.4. Conclusiones 106

5. El concepto de goce efectivo de derechos 109
5.1. El caso de la población desplazada 109

5.2. Origen del concepto de goce efectivo de derechos . 109
5.3. Contenido del concepto de GED. 116
5.3.1. Conjunto de derechos constitucionales fundamentales de sujetos especialmente protegidos 118
5.3.2. Enfoque diferencial en el reconocimiento de derechos. 122
5.3.3. Nivel mínimo de satisfacción del conjunto de derechos. 124
5.3.4. Indicadores de GED. 132
5.3.5. Participación de los afectados en la construcción de la política pública 137
5.4. Funciones del concepto de GED 138
5.4.1. En materia de racionalidad de las políticas públicas del Estado 139
5.4.2. En materia de superación del estado de cosas inconstitucional 139
5.4.3. En materia de estatus especial 140
5.5. Alcance del concepto de GED en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia . . 143
5.5.1. GED y diseño de las políticas. 144
5.5.2. GED y la implementación de las políticas . . . 149
5.5.3. GED, seguimiento y evaluación de las políticas 156
5.6. Conclusiones 163

II
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho 169
6.1. Introducción. 169

6.2. Aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho: el derecho como obstáculo a la integración. 170
6.2.1. Límites de la integración. 171
6.2.2. Aporías de la integración por vía del derecho 172
6.3. El rol positivo pero insuficiente del derecho internacional de derechos humanos . . . 174
6.3.1. Sistema universal de protección de derechos 175
6.3.2. Sistema regional de protección de derechos . 178
6.3.3. Balance 180
6.4. En defensa del comparativismo de derechos fundamentales: integración desde lo social. 181
6.4.1. El diseño constitucional colombiano 183
6.4.2. Derecho a la seguridad social. 187
6.4.3. Derecho a la salud 188
6.4.4. Derecho a la vivienda 189
6.4.5. Derechos laborales 189
6.4.6. Derecho a la educación. 190
6.4.7. Derecho al mínimo vital 190
6.5. Comparativismo de derechos sociales y el principio de no regresividad 191
6.5.1. México. 192
6.5.2. Brasil 193
6.5.3. Argentina 194
6.5.4. Colombia. 196
6.6. Estrategias para la integración latinoamericana mediante el derecho constitucional de los derechos sociales 197
6.6.1. Resistencia constitucional 197
6.6.2. Movilización social en defensa de derechos sociales 198
6.6.3. Control de políticas públicas 199
6.7. Conclusiones 200

7. Derechos sociales en Iberoamérica:
estado de la cuestión y perspectivas de futuro 203
7.1. Introducción. 203
7.2. La situación actual de los derechos sociales 205
7.3. La problemática de los derechos
sociales en América Latina 211
7.4. Estrategias para la realización de los derechos
sociales 216
7.5. Conclusiones 227

8. La insuficiencia republicana de nuestras instituciones . . 229
8.1. Introducción. 229
8.2. Características del pensamiento republicano 230
8.2.1. Virtudes cívicas 230
8.2.2. Participación política 234
8.2.3. División y control del poder 235
8.2.4. Ciudadanía social 236
8.2.5. Deliberación constitucionalizada 237
8.2.6. Deficiencia republicana de nuestras
instituciones 239
8.2.7. Ultrapresidencialismo y disfunción
del control político 239
8.2.8. Sistema de justicia 242
8.2.9. Republicanismo y sindicalismo
en la justicia 246
8.3. Conclusiones 253

9. Fundamentos del *ius constitutionale commune*
en América Latina 259
9.1. Introducción. 259
9.2. Derechos fundamentales: la sustancia 262
9.3. Democracia: el procedimiento 265
9.4. Jurisdicción constitucional: la garantía 269
9.5. Conclusiones 271

10. Libre comercio y sus peligros para la democracia 273
10.1. Introducción 273
10.2. Orígenes de liberalización comercial sin fronteras 274
10.3. De cómo el libre comercio hace peligrar la democracia 278
10.4. Hacia un nuevo orden democrático republicano 288
10.5 Conclusiones 292

Bibliografía 293

Prólogo

Decir que los derechos "se realizan" suena extraño cuando se parte de una concepción *iusnaturalista* o *iuspositivista* de los derechos. En el primer caso, es común oír que "se tienen derechos", o que "se nace" con ellos, mientras en el segundo caso, los derechos subjetivos son mera "ficción". Las mejores razones hablan, no obstante, a favor de una tercera opción: una concepción *pragmatista* de los derechos. Esta concibe los derechos como relaciones normativas. Si abandonamos la visión ontoteológica de los derechos, una de cuyas versiones dice que los derechos son legados por Dios a los hombres desde su nacimiento —¿por qué la selectividad y discriminación con otras especies?—; y si también abandonamos la otra visión por reduccionista o empirista —¿por qué limitar los derechos a normas positivas que imponen obligaciones concretas y exigibles?—; podemos ganar espacio para una comprensión relacional de los derechos que supere las limitaciones de las visiones anteriores.

La gran ventaja de la concepción pragmatista de los derechos consiste en describir más claramente que sus antecesoras la práctica social de los derechos en el mundo contemporáneo. Los derechos, en cuanto relaciones normativas dotadas por voluntad humana, de diversos grados de garantía son vehículo ideal para concretar mínimos de justicia que, en condiciones propicias, pueden expandirse o aumentarse. Por eso, los derechos, en cuanto principios, están llamados a realizarse en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, no tanto porque se maximicen sino porque su forma de concretarse es progresiva, sin que ello demerite su contenido deóntico.

La presente colección de ensayos parte de una concepción de los derechos con las características anotadas: relacional, deóntica, contextual y gradual. El libro unifica un conjunto de ensayos que se agrupan a partir de una doble perspectiva: la justificación filosófica de los derechos y su aplicación en la práctica del constitucionalismo latinoamericano. Razones normativas, construidas mediante entramados de juicios de valor, sustentan posiciones y relaciones normativas. Unas y otros ganan objetividad a partir de un discurso intersubjetivamente compartido que exige, para su aceptación y ejecución o cumplimiento, adoptar un punto de vista interno o del participante en la práctica social específica. El plano normativo viene a complementarse con el plano de la facticidad: los derechos se realizan siempre en un contexto histórico y geográfico concreto, en nuestro caso el discurso y la práctica del derecho constitucional en Latinoamérica, lo que otorga marcadores particulares al tratamiento del tema. Como en la literatura, el lector de otras latitudes podrá, si mantiene la mente abierta, encontrar semejanzas y diferencias en la reconstrucción de su propia práctica de los derechos, cuyo perfeccionamiento trasciende la utilidad local.

La primera parte se ocupa del concepto de los derechos, en sus modalidades de humanos y fundamentales; de su función en las democracias constitucionales contemporáneas; de diversas formas de concebirlos y de su goce efectivo en una realidad concreta. El objeto de estudio es el lenguaje normativo desde una perspectiva pragmática. ¿Por qué es importante conservar la pretensión de objetividad a la hora de justificar filosóficamente los derechos? ¿Pueden las buenas razones ser suficiente motivación para mover a la acción o para justificar la omisión? ¿Las actuaciones basadas en buenas razones debidamente justificadas son exigibles vía la coerción organizada en el Estado constitucional y democrático de derecho? ¿Es posible determinar objetivamente un mínimo de acciones u omisiones jurídica, moral y políticamente exigibles? ¿En qué afecta la práctica del derecho constitucional e internacional concebir los derechos como principios o fines? Todos estos interrogantes son abordados y discutidos a la luz de la concepción pragmatista de los derechos aquí definida.

En particular interesa al autor de estas líneas explorar y esclarecer la relación entre razón y emociones, a la vez que analizar

si cierto tipo de emociones morales —*i. e.,* el resentimiento, la indignación, la vergüenza o la culpa—, pueden servir de indicador objetivo de un mínimo de justicia exigible de una persona con sentido de la justicia (Rawls). Estudios más detallados sobre la relación de emociones, racionalidad y derechos se incluyen en otro libro mío de pronta aparición en Colombia bajo el título *El sujeto de la democracia. Emociones, educación y democratización de la sociedad*.

La segunda parte del libro reflexiona sobre el estado, las perspectivas y los desafíos del derecho constitucional en América Latina en los últimos dos lustros. Realizar los derechos, sean humanos, constitucionales o fundamentales, exige siempre tener los ojos bien abiertos a la realidad material que se pretende modificar mediante el uso del discurso normativo. El hecho de que los derechos se realicen de forma progresiva ha llevado equivocadamente a algunos a atribuirles una supuesta naturaleza "aspiracional". Tal apreciación no es compartida aquí; su efecto devalúa el carácter normativo de los derechos. Asociar los derechos humanos y fundamentales, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a "aspiraciones" es recaer en una concepción bien sea *iusnaturalista*, en la que los derechos *per se* se tienen con independencia de la realidad sociológica, o *iuspositivista*, que los hace coincidir con ficciones con mera relevancia simbólica. La agitada realidad económica y política de los países de América Latina muestra el carácter cambiante de las condiciones en las que se realizan los derechos humanos y fundamentales. La dialéctica entre normatividad y facticidad conduce a la conflictiva y productiva relación entre economía y derecho, donde es relevante preguntarse por el manejo sostenible de los recursos materiales y los límites al uso del discurso normativo que otorga legitimidad al orden político y jurídico existente. El énfasis en el contexto de aplicación y realización de los derechos, aquí en Latinoamérica, obedece a la necesidad de diferenciar entre sociedades "bien ordenadas" y sociedades "no bien ordenadas" para efectos de la realización efectiva de los derechos en la práctica, entre otras por vía del activismo judicial. La conclusión de esta segunda parte del libro es que mientras se han hecho grandes esfuerzos normativos e institucionales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones correlativas a los derechos hu-

manos y fundamentales en las sociedades no bien ordenadas del Sur —con alto grado de corrupción política, desigualdad económica y social, disfuncionalidad de las institucionales, en particular de representación democrática—, las condiciones de las que depende la satisfacción de los derechos mínimos se han venido deteriorando rápidamente. Lo anterior, no obstante, no lleva a la tesis desesperanzada según la cual el discurso de derechos es una forma de enmascaramiento o de manipulación de las mayorías por parte de una minoría privilegiada que usa el derecho como instrumento de dominación de clase (Marx), tesis que justificaría prescindir del lenguaje o discurso normativo de los derechos para privilegiar una comprensión más realista o materialista de las relaciones humanas. Por el contrario, considero que el discurso de los derechos puede tener gran capacidad transformadora de la situación de injusticia existente. No se trata entonces de ser ingenuos y dormir en el "cielo de los conceptos jurídicos" —aquí los derechos humanos y fundamentales como meras aspiraciones—, ni tampoco de terminar en el determinismo materialista de ciertas visiones economicistas, sino de moldear y dirigir las relaciones humanas existentes según principios a realizarse de forma gradual, continua, recíproca y equitativa.

Deseo agradecer a las personas y entidades que han hecho posible la presente publicación, en especial al Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, que encabeza su director, profesor Rogelio Flores. Para mí es un gran honor y motivo de regocijo que estas líneas vean la luz en México, y esto *ad portas* de la celebración por el centenario de la Constitución de 1917. Debo aclarar que el libro reúne un conjunto de artículos dispersos, algunos de ellos publicados anteriormente y de difícil acceso al público lector debido a la no reimpresión o reedición de ediciones agotadas. Los dos primeros capítulos fueron originalmente publicados por la extinta editorial *Norma* en Bogotá bajo el título *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz* en 2008. El tercer capítulo "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" fue publicado en español por Laura Clérico, Jan Sieckmann y Daniel Oliver-Lalana (coords.) en el libro *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada, Editorial Comares, 2011. El cuarto ca-

pítulo "Derechos y fines políticos" se incluye en la *Revista Jurídicas, Universidad de Caldas*, Derecho y Política (ed. Monográfica), vol. 9, núm. 1, 2012, páginas 14-31. Los capítulos quinto y décimo son inéditos y se publican aquí por primera vez. El sexto capítulo "Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho" se incluye en el libro *¿La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, de Armin von Bogdandy, César Landa y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. El capítulo séptimo "Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas" hace parte del libro *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, coordinado por Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Lumen Juris, Río de Janeiro 2010. El capítulo octavo "La insuficiencia republicana de nuestras instituciones" fue publicado en *Revista Temas Socio-Jurídicos,* vol. 32, núm. 65, 2013, páginas 179-196. Finalmente, el capítulo noveno "Fundamentos del *Ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" hace parte del libro colectivo *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades, desafíos,* publicado por Arwin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, M. Morales (coords.), Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht-México, UNAM-IIJ, 2014. Agradezco a todas las personas e instituciones citadas su autorización para reeditar mis escritos, ahora unificados en el presente volumen. Los errores que haya podido cometer en el contenido y la edición son de mi entera responsabilidad.

Rodolfo Arango
Profesor Titular
Universidad de los Andes
Agosto de 2016

I

FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

1. La objetividad de los derechos fundamentales

1.1. Introducción: una mirada histórica a los derechos

Bastante agua ha corrido bajo el puente desde que los hombres empezaron a preguntarse por los derechos humanos. Tomándolos como sinónimos de los derechos naturales; Jeremy Bentham afirmaba hace más de dos siglos que aquellos no eran sino un "disparate en zancos". El rechazo de Bentham a los derechos humanos lo justificaba en que ellos eran un medio de defensa del *statu quo* de los opositores a las reformas económicas necesarias para promover el bienestar general.[1] Muy por el contrario, John Locke defendía la tesis opuesta.[2] Los hombres tendrían derechos naturales a la libertad y a la propiedad, no pudiendo el orden político desconocerlos, idea recogida por Robert Nozick en su influyente libro *Anarquía, Estado y utopía* (1974). Tales derechos naturales, precursores de las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano y de las primeras constitucionales, entre ellas la de Virginia de 1776, serían objetivos y reconocibles. Titular de los mismos sería todo ser humano por el simple hecho de ser persona.

La fundamentación filosófica de los derechos naturales ofrecida por Locke no deja de sorprender por sus características. Si el ser humano es libre y dueño de su cuerpo, el material que

---

1 Bentham, Jeremy, *Falacias políticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

2 Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1998.

transforme mediante su trabajo solo a él le pertenece. Ello no obstante, dirá Locke, mientras el material a transformar esté a disposición de todos y haya suficiente para todos quienes quieran apropiarse del mismo gracias a su trabajo. El propio padre del liberalismo económico condicionaba el derecho natural a la propiedad, a la existencia de suficientes recursos materiales para todos aquellos que quisieran ser laboriosos. Bajo esta luz, bien podría nombrarse a Locke también padre del socialismo, por lo menos en la modalidad que acepta la libertad del mercado en ciertos ámbitos.

La objetividad de los derechos fundamentales, propia del siglo XVIII, vino a ser desafiada por el historicismo y el relativismo del siglo XIX. La denuncia de Marx al uso del discurso de los derechos humanos como un enmascaramiento de los intereses de clase, en este caso de la clase burguesa en su sublevación contra el absolutismo, le sustrae a los derechos su dimensión ontológica para reemplazarla por la ideología. Los derechos son para Marx expresión del individualismo y atomismo de una concepción política que, sin lugar a dudas, no conducirá a la emancipación de todo el género humano, sino solamente a la emancipación política de la clase burguesa. La crítica de Marx a las declaraciones de derechos humanos, en particular en "la cuestión judía", desnuda el uso y abuso del discurso de los derechos, según propósitos subjetivos.[3] El eco de la crítica a los derechos iniciada por Marx encuentra aún resonancia en movimientos opositores al liberalismo político, como el marxismo y el comunitarismo. De la crítica de Marx podemos rescatar que con ella nos despedimos de una comprensión ontológica y teológica de los derechos, como la defendida por Locke o rechazada por Bentham, para abrazar una concepción constructivista de los mismos.

Serán Hans Kelsen y Alf Ross, en pleno siglo XX, el primero desde el positivismo jurídico y el segundo desde el realismo filosófico, quienes sacarán las consecuencias de la crítica historicista y relativista al fundamento ontológico de los derechos. Para Kelsen los derechos naturales son un vestigio del derecho

[3] Marx, Carlos, "Sobre la cuestión judía", en *Escritos de juventud*, México, FCE, 1982, pp. 463-490.

natural que se resiste a morir luego de la demoledora crítica racionalista a la teología como explicación del orden humano y social. De existir los derechos fundamentales ellos solo podrían ser la expresión de normas positivas que establecen obligaciones correlativas en cabeza de personas determinadas. No hay derechos sin obligaciones, ni estas sin normas positivas que las consagren. Conclusión del raciocinio kelseniano será que solo existen, entendido el derecho como un fenómeno cultural, derechos jurídicos resultantes de las normas positivas.[4]

En la misma dirección apunta el realismo de Alf Ross. A partir del análisis lingüístico de las expresiones sobre derechos subjetivos, este autor danés muestra que el concepto de los derechos carece de contenido semántico. Se trata solo de un "constructo técnico" para presentar sintéticamente relaciones jurídicas complejas. Puesta al descubierto la función técnica de los derechos mediante la bella metáfora de los derechos subjetivos como Tû-Tû,[5] podríamos llegar a prescindir de los mismos, sin que con ello el ordenamiento jurídico dejara de tener eficacia. No obstante, para Ross los derechos seguirán cumpliendo tanto una función técnica en la presentación de los supuestos de hecho de las normas y sus consecuencias jurídicas, como una función psicológica: ellos rememoran y refuerzan el carácter mágico-religioso del derecho, muy importante para la obediencia a la ley y para la aceptación normativa.[6]

Para concluir, resulta conveniente mencionar a uno de los más acérrimos críticos de los derechos humanos. En sus importantes observaciones sobre la ética moderna, Alasdair MacIntyre rechaza la idea de los derechos humanos.[7] Para el filósofo comunitarista, creer en los derechos humanos es como creer en brujas y unicornios. En su opinión, la fundamentación objetiva de los derechos es imposible porque los seres humanos no comparten ya una concepción ética común. La divergencia entre concepciones éticas rivales —aristotélica, nietzscheana, kantiana— impide

4 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, 1993.

5 Hago esta alusión a *Tû-Tû* y la dejo intencionalmente sin explicación para invitar al lector a que lea esta pieza magistral de la literatura jurídica.

6 Ross, Alf, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

7 MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2001.

la justificación objetiva de los juicios de valor. La fragmentación moral del mundo contemporáneo mina toda posibilidad a la defensa objetiva de los derechos humanos.

Ante las críticas positivista, realista y comunitarista a los derechos humanos o fundamentales[8] cabe preguntarse si es posible defender la objetividad de los mismos pese a rechazar su fundamentación ontológico-trascendental. Una respuesta afirmativa supone necesariamente un cambio en la concepción tradicional de la objetividad de los juicios de valor. Esto porque la objetividad de un juicio o proposición tradicionalmente se ha hecho depender de la correspondencia entre pensamiento y mundo. Este primer capítulo sostiene que es posible defender válidamente la objetividad de los derechos fundamentales desde una concepción pragmática del derecho, la cual considero la mejor concepción del derecho disponible hasta el momento. Para tal fin, me referiré primero al renacer del derecho natural en la filosofía del derecho contemporánea y mostraré las debilidades teóricas por las que la propuesta iusnaturalista debe ser rechazada. En un segundo apartado presentaré una concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales a partir del pragmatismo de Hilary Putnam. Por último, presentaré un concepto bien desarrollado de derechos fundamentales que afirma su objetividad y es más adecuado en el contexto social contemporáneo.

1.2. El renacer del derecho natural

Si algo ha caracterizado al derecho natural en todos los tiempos es su recurrente confianza en algo inamovible y eterno, fuera del sujeto. Ese referente estable daría un orden al mundo natural y social. La esencia de las cosas, la estructura profunda, el *a priori* trascendental aseguraría la objetividad de los derechos.[9]

[8] Es necesario aclarar a este nivel que ambos términos se usan en este escrito como sinónimos, pese a las diferencias en cuanto a su génesis, fundamento y alcances.

[9] En relación con la actualidad de la propuesta del derecho natural, véase Arango, Rodolfo, "Incidencia del iusnaturalismo en el derecho constitu-

A principios del siglo xx parecía haber quedado claro con la crítica positivista a la objetividad de los valores, que solo los derechos reconocidos como fundamentales por la voluntad política de una comunidad pueden ser tenidos como existentes. Esto porque para el positivismo solo los hechos son verificables, mientras que los valores no. Solo cuando por una voluntad de personas reales los derechos se plasman en normas positivas, ellos adquieren objetividad. El problema epistemológico del conocimiento de los derechos se convierte así en uno hermenéutico sobre la adecuada interpretación de textos normativos. A partir de Kelsen y Ross, solo es posible hablar de objetividad en relación de los derechos fundamentales reconocidos en el orden jurídico positivo. No obstante, influyentes teóricos contemporáneos, entre ellos John Finnis, Carlos Santiago Nino o Robert Alexy, han contribuido con sus tesis al renacer del derecho natural. Ello, no obstante, a mi parecer, sin éxito. Si bien una refutación de las tesis de estos tres autores requiere mayor análisis, por razones de espacio aquí solo expondré algunas de sus ideas centrales y presentaré argumentos para rechazar su enfoque.

En *Natural Law and Natural Rights,* el más importante iusnaturalista moderno, John Finnis, luego de un análisis del lenguaje que recupera los aportes de Hohfeld sobre la estructura lógica de los derechos y del repaso a las teorías del interés y de la elección, acaba derivando los derechos humanos del principio moral de la razonabilidad práctica.[10] Para ello debe, no obstante, asumir una estructura ontológica profunda que reconoce valores universales. La resonancia kantiana del principio de razón práctica es, no obstante, incompatible con el realismo moral de Finnis. Kant no presupone la existencia de hechos morales o valores objetivos como parte del amueblado del mundo, mientras que Finnis sí. El antirrealismo kantiano respecto a los valores es lo que hace atractivo el imperativo categórico como expresión de una justicia procedimental pura de trasfondo, en la potente interpretación de John

cional moderno", en Numas, Armando Gil (comp.), *Filosofía del derecho y filosofía social*, Medellín, Señal-Asofides, 2003, pp. 115-126.

10 Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1980.

Rawls.[11] Kant no necesita recurrir a un orden objetivo de valores para defender un criterio objetivo en la ética. El imperativo categórico como criterio de corrección moral de la acción carece de contenidos preestablecidos. No calca la estructura de un mundo de valores objetivo e inmaterial, al que la acción humana correcta debe acogerse. Por el contrario, relaciona una máxima de conducta con un conjunto de razones contrafácticas que permite imaginar las consecuencias de generalizar la acción cuya ejecución se contempla. Finnis, por su parte, conecta su idea de los derechos derivados de principios morales a una concepción objetiva de los valores en el mundo. La defensa iusnaturalista de Finnis es, en consecuencia, prekantiana. El principio de la razón práctica en Kant se diferencia del principio moral de razonabilidad práctica de Finnis principalmente porque el último presupone valores objetivos en su teoría moral mientras que el primero no.

Más sofisticada e inspirada en Kant es la propuesta de Nino en *Ética y derechos humanos.* Desde el constructivismo ético, Nino defiende la objetividad de los derechos humanos o fundamentales, lo cual le permite evadir la acusación de realista moral.[12] Además, para Nino, los derechos humanos encuentran su fundamento objetivo en principios morales indiscutibles: la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana. Los derechos humanos y fundamentales se derivan para él de dichos principios morales que coinciden con los principios del liberalismo. No obstante, el fundamento de tales principios estriba en una cierta idea de la persona humana como ser separado y autónomo. Los principios morales se fundamentan así en un concepto antropológico que enfrenta dos grandes problemas: (i) se apoya en una idea de la naturaleza humana que no está en sí misma justificada; (ii) tal naturaleza de la persona humana podría cambiar o modificarse —p. ej., mediante la ingeniería genética—, caso en el cual los principios morales igualmente variarían y tal cambio afectaría los derechos humanos.

Más explícitamente metafísica resulta la defensa de la objetividad de los derechos humanos hecha por Robert Alexy en su

[11] Cfr. Rawls, John, *Justicia como equidad*, Barcelona, Paidós, 2001.

[12] Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos,* Barcelona, Ariel, 1989.

artículo "*Law, Discourse, and Time*" de 1995.[13] El derecho natural, definido como un orden moral que trasciende a la persona humana y del cual depende la validez definitiva del derecho positivo, renace en la defensa alexiana de los derechos humanos como valores ahistóricos con "validez eterna", existentes en todos los tiempos pero no siempre reconocidos por la conciencia humana. El realismo moral de Alexy contrasta con su teoría discursiva del derecho, más compatible con posturas antirrealistas como las propias del contractualismo político y el constructivismo ético. Con la defensa de los derechos humanos y fundamentales como ahistóricos revela el carácter ontológico trascendental de la tesis alexiana de la relación necesaria entre derecho y moral. Es la consonancia entre los derechos reconocidos en el ordenamiento y los derechos morales existentes como principios trascendentales la que asegura la objetividad de los mismos. La corrección del derecho, por lo menos en lo referente a los derechos humanos, no depende ya del respeto de un procedimiento *p*, sino de contenidos ahistóricos universales. Tal giro en la propuesta de Alexy es difícilmente compatible con su teoría de la argumentación jurídica y la tesis del caso especial. En un artículo posterior, "*Menschenrechte ohne Metaphysik?*" ("¿Derechos humanos sin metafísica?"), Alexy anticipa la crítica a su novel teoría iusnaturalista de los derechos. Se pregunta con señales de autojustificación: ¿acaso es posible defender una teoría sin presuponer ya una metateoría, una metafísica?[14]

El renacer del derecho natural de los derechos humanos es una evolución desafortunada ante los retos de un mundo pluralista. La remisión a un orden superior objetivo de valores hace depender los derechos de compromisos sustantivos difícilmente sostenibles ante las demandas de respeto a la diversidad. Pese al nivel abstracto de los principios morales de los cuales se derivan los derechos humanos, en la práctica el reconocimiento de nuevos derechos se ve limitado por un orden moral preestablecido.

---

13 Existe traducción al español de este artículo en Alexy, Robert, "Derecho, discurso y tiempo", en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, pp. 69-87.

14 Alexy, Robert, "¿Menschenrechte ohne Metaphysik?", en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 56, 2004, pp. 17-24.

La hipoteca del derecho con la moral, como diría Habermas, es demasiado onerosa. A las objeciones de etnocentrismo occidental de los derechos humanos y de encapsulamiento de los contenidos de los derechos humanos, se suma el rechazo teórico general a la epistemología de los valores.

1.3. El reenfoque pragmatista sobre la objetividad de los derechos

Richard Rorty y Hilary Putnam se han ocupado recientemente del tema de la objetividad y los derechos humanos. Ambos defienden el legado pragmatista de Dewey, Pierce y James, en contraste con el kantianismo de autores como Habermas o Apel. El pragmatismo filosófico, que no debe ser confundido con el pragmatismo político, desafía la idea de la verdad y objetividad como la correspondencia con algo que está ahí afuera. Para Dewey la investigación desplaza al dogma y toda verdad es falible. Ello vale tanto para las ciencias naturales como para las sociales. El enfoque pragmatista cuestiona la idea misma de objetividad en el derecho y rechaza la manera como tradicionalmente se ha abordado la fundamentación de los derechos humanos. No obstante la común inspiración, entre Rorty y Putnam existen grandes divergencias. Mientras que para el primero debemos abandonar el lenguaje de la objetividad en general, y en materia de derechos humanos en particular, para reemplazarlo por la idea de solidaridad; para Putnam no es necesario eliminar la idea de objetividad, sino darle un nuevo significado, tanto en las ciencias naturales como en el derecho.

A continuación me referiré a las críticas a la concepción tradicional de la objetividad, propia del debate entre iusnaturalistas y positivistas, y sacaré las consecuencias para la objetividad de los derechos fundamentales, todo ello con el fin de presentar un concepto de derechos fundamentales que permita asegurar su reconocimiento sin caer en fundamentaciones ontológico trascendentales.

En su libro *El pragmatismo, una versión,* Rorty nos invita a despedirnos del concepto de objetividad y a reemplazarlo por

el de solidaridad.[15] Su filosofía es radical, como lo fuera la de Nietzsche. La objetividad supone acoger, según el autor, una teoría de la verdad como correspondencia entre mente y mundo. Se trata de una teoría representacionista. Si nuestras representaciones sobre el mundo coinciden con la manera como este es, entonces nuestro conocimiento es objetivo y accedemos a la verdad. Para Rorty tanto el representacionismo como la correspondencia mente-mundo son ideas inadecuadas y anacrónicas. Ello porque no tenemos acceso directo a los hechos y los valores. Vivimos interpretando. Somos seres interpretativos. Nuestros esquemas conceptuales nos permiten leer el mundo, mas no conocerlo objetivamente tal como es. Por ello, la propuesta de Rorty desemboca en la invitación a reemplazar el concepto de razón específicamente epistémico por el ideal puramente moral de la solidaridad. No es la universalidad e incondicionalidad del conocimiento lo que le preocupa, sino el progreso moral de un nosotros sensible y abierto a los otros. Para Rorty, es la imaginación —como lo señala Castoriadis— y no la razón, el motor del progreso moral.

La propuesta de abandonar las categorías de la verdad y la objetividad para reemplazarlas por las de justificación y solidaridad posee importantes consecuencias para la ética y el derecho. El radical llamado es a pensar la organización social sin tener que recurrir a la idea de una autoridad superior ni de un orden trascendente que da sustento a lo existente. Esta propuesta es fiel a su programa de compatibilizar la ética con el evolucionismo de Darwin y Dewey. La idea de una ética sin obligaciones universales y de una justicia entendida como lealtad ampliada encuentra desarrollo bajo este contexto.[16] Para Rorty los seres humanos son animales excepcionalmente peligrosos, pero que pueden aprender mediante la experiencia, la indagación falibilista y el intercambio solidario. La experiencia muestra que doscientos años de racionalismo han contribuido poco al respeto de los derechos humanos. Por eso habría que abandonar la preocupación por fundarlos en la razón y dedicarnos más a la educación emo-

[15] Rorty, Richard, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

[16] *Ibidem,* pp. 201 y ss.

cional de los niños y niñas.[17] Ello porque los derechos humanos son meramente un fenómeno cultural gracias al cual acabamos rechazando atrocidades como masacres o discriminación. Pero como hecho histórico, los derechos humanos también pueden ser negados u olvidados, por lo que es necesario esforzarnos en mantenerlos vivos en la memoria, conciencia y acción de todos. La forma más adecuada de concebir los derechos humanos es como creaciones culturales u objetos intencionales —esto es que dependen de creencias, propósitos e interpretaciones sobre su contenido. También pueden entenderse como juegos de lenguaje en sociedades cada vez más inclusivas, donde prevalece no la pertenencia al grupo nacional, racial, de clase o de género, sino la lealtad ampliada que abarca a todas las personas sin distingos de nacionalidad, raza, sexo o estatus económico.

Otra propuesta pragmatista menos radical, pero igualmente importante, es la de Hilary Putnam. Para este no es necesario despedirse de los conceptos de verdad y objetividad. Basta reemplazar la concepción de verdad como correspondencia mente-mundo por la de verdad como coherencia, y la objetividad entenderla no como el resultado de la consonancia del pensamiento con un orden trascendente, sino como el resultado de un procedimiento investigativo que permite hacer aseveraciones justificadas. El esfuerzo teórico de Putnam se orienta en contra del legado del positivismo lógico y científico, y su estricta separación entre hechos y valores. Recordemos cómo para el positivista la verdad o falsedad solo es predicable de los juicios empíricos, no de los juicios de valor o normativos. Consecuencia directa de la tesis positivista es que los juicios sobre normas, valores y derechos carecen de objetividad. En su libro *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos,* Putnam intenta refutar al positivismo. Incluso en las ciencias duras hacemos valoraciones. Las teorías científicas parten de conceptos "epistémicos" o "términos abstractos no reductibles a hechos observacionales" que, pese a incluir juicios de valor, son aceptados como objetivos por la comunidad científica. Existe una imbricación entre hechos y

[17] Rorty, Richard, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad", en Shue, S. y Hurley, S., *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 117-136.

valores.[18] La objetividad de un juicio pasa a depender de condiciones de asertabilidad garantizada, no de la existencia de objetos peculiares —materiales o inmateriales, como para algunos los números en la matemática—, sino de estructuras de justificación compartidas que incluyen valores. De esta forma, Putnam nos invita a dejar de equiparar objetividad con descripción: "Hay muchos tipos de enunciados [...] que no son descripciones pero están bajo control racional, regidos por estándares apropiados a sus funciones y contextos particulares".[19] Ese es el caso de los enunciados éticos o normativos.

El desplome de la dicotomía entre hechos y valores lejos de impedir la objetividad en las ciencias exactas, permite extenderla a las ciencias normativas. Los valores y las normas, así como los enunciados sobre derechos, no quedan por fuera de la argumentación racional. Criterio de corrección de tales enunciados es la evaluación crítica y reflexiva de nuestras convicciones y creencias. Para Putnam, la validez objetiva de nuestros juicios éticos no es incompatible con el reconocimiento de que estos dependen de la cultura y situación particulares. La solución no es buscar un punto arquimediano ajeno a todo contexto y situación, sino "investigar, discutir y tantear las cosas de una manera cooperativa, democrática y, por encima de todo, falibilista".[20] De esta forma, la propuesta de Putnam resulta abierta y sensible a aceptar el pluralismo, sin caer con ello en el relativismo valorativo. En particular, Putnam resalta que el lenguaje hace uso de conceptos éticos densos como el de crueldad que sirven a los partícipes de diferentes tradiciones para juzgar la aceptabilidad, corrección o justificación de las acciones. Tales conceptos éticos densos presentan una imbricación entre hechos y valores y presuponen el discernimiento para ser capaz de identificarlos, por medio de la imaginación, con un punto de vista valorativo. Por ello —como lo señala Iris Murdoch en *La soberanía del bien* citada por Putnam— siempre es posible mejorar la propia comprensión de tales conceptos.[21]

---

18 Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43.

19 *Ibidem,* p. 48.

20 *Ibidem,* p. 60.

21 *Ibidem,* p. 55.

En términos generales, la crítica pragmatista a la concepción ontológico trascendental de los derechos, humanos o fundamentales, es acertada en varios sentidos: nos invita a preocuparnos más por el procedimiento de justificación racional que por seguir a una autoridad superior o un orden preestablecido; es sensible a la circunstancia del pluralismo cultural, sin desembocar por ello en el relativismo valorativo; se preocupa no solo por justificar el uso del lenguaje valorativo, sino por las motivaciones de los actores, asunto dejado de lado por las doctrinas positivista y de derecho natural.

Pese a las ventajas de la propuesta pragmatista de los derechos, ella deja sembrados varios interrogantes que aquí no es posible resolver. Primero, no está claro de qué manera Rorty puede evitar coincidir con el positivismo jurídico que concibe los derechos fundamentales como meros hechos culturales —normas positivas— que pueden ser derogados por la voluntad política mayoritaria. Aun cuando Rorty confía en que la memoria y la conciencia sobre la importancia de los derechos pueden evitar retrocesos en su defensa, nada dice sobre el carácter normativo del lenguaje de los derechos y el origen de su fuerza vinculante. Ciertamente la remisión a un punto de vista etnocéntrico no es suficiente para persuadir a otros pueblos y culturas sobre las bondades de los derechos. Más prometedor resulta en este punto no el rechazo, sino la resignificación de la objetividad de los juicios valorativos expuesta por Putnam. En segundo lugar, sigue siendo confuso cómo Putnam pretende compatibilizar su contextualismo ético y su pluralismo cultural con afirmaciones filosóficas universales como la existencia de conceptos éticos densos, con independencia del factor cultural. Su defensa de la existencia de conceptos éticos densos más que acercarlo al universalismo de los derechos humanos —de por sí problemático de cara al desafío que plantea el pluralismo— lo que hace es identificarlo con cierto realismo moral contrario a la premisa del pragmatismo de negar cualquier concepto *a priori*. Por último, las propuestas pragmatistas de Rorty y Putnam siguen siendo provinciales sí se les analiza desde las realidades y necesidades de la periferia. La concepción fáctica o normativa de los derechos humanos defendida por estos dos estadounidenses no arroja luces sobre la concepción de los derechos, humanos o fundamentales, en sociedades altamente

disfuncionales, con altas tasas de desigualdad, baja participación política, corrupción y dependencia económica e intelectual del modelo de poder hegemónico. A continuación presento una propuesta que defiende la objetividad de los derechos fundamentales con independencia de factores culturales a partir del pragmatismo filosófico y la teoría discursiva en la ética y el derecho.

1.4. Un concepto bien desarrollado de derechos fundamentales

En otro lugar he presentado una propuesta de definición de derechos subjetivos según la cual estos se conciben mejor como "posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a su titular."[22] Por su parte, defino los derechos fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia.[23] Califico a dicho concepto como uno "bien desarrollado" en directa alusión —no exenta de ironía— a John Rawls y su concepción de sociedades bien ordenadas en las cuales, pese a su estatus, no hay lugar,[24] por ejemplo, para el reconocimiento de derechos sociales fundamentales como la alimentación, la educación o la salud, entre otros.[25]

---

22 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

23 *Ibidem*, p. 320.

24 En defensa de Rawls podría aducirse que tal reconocimiento de derechos sociales fundamentales ya está presente en sus obras a partir de *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, en la figura de las esencias constitucionales. Si es así, no resulta de todos modos claro por qué Rawls se niega a darle a dichas posiciones normativas fundamentales la calidad de derechos. Véase mi crítica a Rawls en Arango, Rodolfo, "Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005, pp. 141-156.

25 La idea de sociedad bien ordenada lleva en Rawls a la identificación de derechos con libertades negativas. Es como si en esas sociedades la moral cumpliera su papel y los derechos sujetivos solo impusieran límites al poder coercitivo del Estado. Los derechos humanos concebidos como espacios de libertad no cumplen la función de asegurar un mínimo social para todos de forma que se garantice una sociedad equitativa de cooperación.

El compromiso sustantivo de los derechos humanos derivados de principios preestablecidos, propio del derecho natural, restringe injustificadamente los derechos entendidos como posiciones normativas. No es convincente que los principios morales abarquen solo libertades y no prestaciones a algo. La expansión del derecho internacional de derechos humanos y la creciente aceptación de la interdependencia e indivisibilidad de los diferentes derechos —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales— lleva a una conclusión diferente: los derechos no solo involucran obligaciones de abstenerse, sino también de actuar. Por otra parte, la insuficiencia del concepto de derechos positivista es aún mayor. Es la voluntad política de las mayorías la que decide qué contenido puede convertirse en derecho fundamental. Ambos enfoques desestiman el papel y la importancia de la argumentación racional en la demanda el reconocimiento de posiciones normativas con fundamento en el desarrollo normativo nacional e internacional.

La concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas con alto grado de importancia es compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e implica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales.[26] La concepción bien desarrollada de derechos incluye además dos factores de enorme relevancia en el contexto mundial moderno: el rechazo al daño y riesgo injustificados. Para poder identificar la violación de una posición normativa basada en razones válidas y suficientes debe demostrarse que su no reconocimiento injustificado tiene la potencialidad de ocasionar, o en efecto ocasiona, un daño al sujeto, y que tal daño es inminente a la luz de la evidencia empírica sobre los riesgos. El concepto

Será con el tiempo que Rawls corrija la deficiencia mediante la introducción de las esencias constitucionales.

[26] La propuesta de la solidaridad como justificación racional en la argumentación de los derechos fundamentales se encuentra en Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996. La alternativa contextualista es desarrollada por Putnam, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos...*, *cit*.

propuesto no deja de ser contextual por ser propio de un tipo de sociedad, en este caso la sociedad de riesgo moderna.

El concepto de derechos fundamentales propuesto aventaja a la propuesta de pragmatistas como Rorty o Putnam en la medida en que ofrece la alternativa practicable a la concepción de los derechos. La objetividad contextual de los derechos fundamentales puede reconocerse argumentativamente y con la ayuda de las nociones de daño y riesgo, sin tener que recurrir para su defensa a la existencia de un mundo de objetos —materiales o inmateriales— que la sustente. Solo mediante una justificación racional, basada en una interpretación holista y coherentista que tenga en cuenta los valores epistémicos propios del juego de lenguaje de los derechos, puede establecerse la objetividad de los derechos fundamentales.

Un ejemplo actual muestra cómo puede justificarse la objetividad de los derechos fundamentales. Me refiero a la reciente decisión sobre la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en casos de violación. La tesis que niega el derecho a interrumpir el embarazo a la mujer que ha sido violada y que defiende un derecho fundamental del ser en gestación a vivir, desconoce el grave e inminente daño que puede infligirle a la mujer en dicha situación. Las creencias religiosas sobre la vida y muerte, sobre la libertad y la salud, no constituyen razones suficientes frente a la diversidad de creencias y culturas, así como frente a la neutralidad del derecho estatal en este campo. En consecuencia, el Estado no puede desconocer la posición normativa de la mujer en las circunstancias anotadas y debe garantizar el goce efectivo del derecho a la autonomía de la mujer. De lo contrario, impone a las personas una determinada concepción sustantiva de la vida y desconoce con ello la libertad de pensamiento y religión, además de ocasionarle un daño actual y cierto a la persona.

1.5. Conclusiones

La reflexión filosófica ha transitado un largo camino desde la defensa teológica de la objetividad de los derechos humanos a la libertad y la propiedad, hasta el presente. Primero, la apropiación ideológica del concepto de derechos por los revolucionarios del

siglo xviii y luego la denuncia política en cabeza de Marx y posteriormente del positivismo jurídico, abonaron el terreno en que se presenta el renacer del derecho natural contemporáneo en influyentes teóricos como Finnis, Nino y Alexy. En este renacer Kant tiene presencia, pero su filosofía trascendental, sobre todo si se interpreta desde el antirrealismo, difícilmente es compatible con los compromisos ontológicos del derecho natural moderno. Por ello resulta de especial interés la crítica del pragmatismo a las ideas tradicionales de verdad y objetividad. El intento de superar el compromiso ontológico-trascendental en Rorty y Putnam constituye actualmente la propuesta más sugestiva para pensar la ética y el derecho, en especial los derechos humanos y fundamentales, "sin ontología".

No obstante, el intento del pragmatismo de renovar la filosofía y librarla de los compromisos ontológicos en materia de derechos enfrenta no pocos problemas, entre ellos el de no caer en una defensa funcional del positivismo jurídico o del relativismo valorativo. La eliminación del concepto de objetividad, mediante la propuesta hermenéutica de Rorty, parece aún demasiado radical. No es claro cómo se salva la posibilidad de juzgar la corrección de los juicios de valor desde el etnocentrismo o la solidaridad. Por su parte, Putnam avanza un buen trecho con su propuesta de abandonar la dicotomía hechos-valores y dotar de un sentido diferente a la objetividad, incluso en la ética y el derecho. No obstante, la idea de los conceptos éticos densos, implícitos en el juego del lenguaje de los valores, los derechos y las normas parece asumir premisas universalistas difícilmente compatibles con el contextualismo defendido por el mismo Putnam.

Ahora bien, como no se trata en esta ocasión de resolver todos los problemas que plantea un enfoque pragmatista de los derechos, baste afirmar aquí que la defensa de una objetividad de los derechos fundamentales se sostiene a partir de un método holista y coherentista que comparte valores epistémicos que pueden justificarse racionalmente. Tal propuesta sigue siendo la mejor alternativa hasta hoy disponible para defender una objetividad de los derechos que ni se reduzca a hechos culturales o normas positivas ni se desvanezca en el cielo de los conceptos ontológico-trascendentales que cierran el discurso y desconocen el pluralismo valorativo.

Un concepto de derechos fundamentales bien desarrollado se construye sobre posiciones normativas basadas en razones y juicios de valor sobre su importancia para el sujeto dado el riesgo en el contexto. Tal propuesta es compatible con el enfoque pragmatista de los derechos y suficiente para asegurar la objetividad de los derechos fundamentales mediante un proceso racional de justificación holista y coherentista.

Finalmente, el derecho constitucional colombiano brinda un buen caso de prueba para la objetividad de los derechos fundamentales. La permisión del aborto para casos de violación permite afirmar la objetividad contextual del derecho a la autonomía de la mujer sobre su cuerpo en ciertas situaciones particulares, como el haber sufrido una violación y la negación de la objetividad de un derecho fundamental del ser en gestación a ver garantizada la vida. Solo la imposición de una visión ontológica y comprehensiva —en términos de Rawls— de la objetividad de los derechos justificaría la pena de aborto en caso de violación. Por fortuna parece que los jueces han entendido que tal convicción y creencias religiosas no constituyen razones válidas y suficientes para justificar infligir un daño inminente a la mujer que ha sufrido una violación.

2. Los derechos humanos como límite a la democracia

> *El derecho de los hombres debe mantenerse como cosa sagrada por grandes que sean los sacrificios del poder dominante.*
>
> Kant, *Sobre la paz perpetua,* Madrid, Tecnos, 2003

2.1. Introducción

En un reciente artículo titulado "Terrorismo y derechos humanos",[27] Ronald Dworkin se pregunta por la justificación moral de la tortura. Se plantea el caso de un gobierno que acude a dicha práctica para enfrentar una amenaza terrorista. Luego de una clarificación conceptual sobre lo que debemos entender por derechos humanos y de discutir cuándo se presenta una violación de los mismos, Dworkin rechaza la tortura como medio para asegurar objetivos políticos, intereses colectivos y derechos de otros.[28] Para este influyente filósofo del derecho, los dere-

---

27 Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 24-51.

28 El análisis de Dworkin abarca igualmente las medidas de lucha contra el terrorismo, adoptadas por el legislativo y validadas algunas por los jueces estadounidenses luego del 11 de septiembre de 2001. Entre esas medidas extremas están la detención indefinida, la investigación y juzgamiento por tribunales especiales, el desconocimiento de los cargos por los que se es acusado o la imposibilidad de apelar las decisiones tomadas.

chos humanos son derechos morales especiales que no pueden ser desconocidos en la persecución de bienes colectivos o fines políticos. Según Dworkin, los derechos humanos encuentran su fundamento en dos principios de la dignidad humana: el del valor intrínseco de la vida humana y el de la responsabilidad personal en la realización de dicho valor en la propia vida.[29] Estos dos principios se concretan en un derecho humano fundamental: el derecho a ser tratado según una cierta actitud; una actitud que expresa el entendimiento de que cada persona es un ser humano cuya dignidad importa.[30] Aceptar tales principios supone colocarle límites a las actuaciones de un gobierno, grupo o persona. La legitimidad de aquellas depende directamente del respeto de dichos principios.

La reflexión de Dworkin nos sirve para introducir el tema del fundamento de los derechos humanos como límite de la democracia y su relación con la situación actual en Colombia. Recientemente el presidente de la República, al referirse a los nexos entre políticos y paramilitares, sostuvo: "[...] Uno confía en que la justicia diga en qué casos las relaciones de 'paras' con políticos, de políticos con 'paras', de políticos con guerrilla, ha sido por coacción insuperable, en qué casos por razones humanitarias, en qué caso con el ánimo de delinquir".[31] Al igual que en el caso de las medidas antiterroristas estadounidenses, la alianza 'paras' y políticos en Colombia podría verse justificada —según el presidente Uribe— "por coacción insuperable". Tal coacción insuperable se daría en el caso del accionar de grupos guerrilleros en zonas del país donde la ausencia o precariedad de las instituciones estatales habrían llevado a los residentes en esas zonas a adoptar medidas de "autodefensa", que incluyeron el combate activo a la subversión. Pero también se presentaría cuando los paramilitares fuerzan a los políticos a aceptar sus condiciones para poder ejercer la política en sus zonas de influencia.

En el presente capítulo pretendo analizar las consecuencias de la tesis de la coacción insuperable. Ello es un aspecto clave

29 Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?..., cit.,* p. 32.

30 *Ibidem,* p. 35.

31 *El Tiempo*, 3 abr 2007, pp. 1-4.

para responder la pregunta por el fundamento de los derechos humanos como límite a las decisiones democráticas mayoritarias.[32] De triunfar la tesis presidencial, quienes se aliaron y apoyaron las actividades paramilitares —consistentes en masacres, desplazamiento colectivo, apropiación ilegal de tierras, homicidio, secuestro y extorsión—, habrían actuado bajo causal de justificación; no serían, por tanto, responsables penalmente del delito de concierto para delinquir del que se les sindica. Planteada a un nivel de abstracción mayor, la pregunta que debemos respondernos es si la persecución de la paz y la reconciliación justifican moral y jurídicamente las actuaciones de políticos y paramilitares en situación de necesidad extrema ante la ausencia del Estado y la amenaza de la subversión.

Mi respuesta al anterior interrogante es negativa. Los derechos humanos limitan el ámbito de posibilidades políticas. Esto significa que no todo está a disposición de la voluntad de las mayorías. Existen aspectos y materias vedadas al querer popular, y eso, excluido de la libertad de configuración de los órganos políticos, tiene prioridad epistémica. De otra forma, el tipo de sociedad en que viviríamos sería abominable. Para sustentar esa conclusión desarrollaré mi tesis en tres apartes. Primero presentaré una teoría que adopta las emociones morales como fundamento de los derechos humanos. En un segundo aparte mostraré cómo es posible defender la objetividad en la teoría de los derechos humanos fundada en las emociones morales como guía de la decisión judicial. Finalmente, mostraré cómo la defensa presidencial de la tesis de coacción insuperable desconoce los límites que imponen los derechos humanos a las decisiones mayoritarias. Tal defensa se revela como moralmente injustificable y jurídicamente errada, puesto que se basa en una concepción del ejercicio del poder que no se compadece con el avance de la doctrina de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

[32] Es sabido que la Ley de Justicia y Paz fue aprobada por el Congreso de la República —no sabemos aún con cuanto respaldo de congresistas aliados con paramilitares— y validada por la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad condicionada.

2.2. Las emociones morales como fundamento de los derechos humanos

Los derechos son posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes.[33] Las personas se sirven de argumentos, *i. e.*, de razones, para obtener el reconocimiento y la realización de posiciones frente a otros. La razón es el medio por el cual se canalizan las demandas de reconocimiento de lo que para ellas es valioso. Pero son las emociones morales, entendidas como estados intencionales,[34] *i. e.,* actitudes con contenidos proposicionales, el fundamento de los derechos.[35]

La anterior definición de los derechos es lo más abstracta posible. Pretende desprenderse de concepciones teológicas, racionalistas o naturalistas, así como de posiciones escépticas que rechazan la idea misma de los derechos.

Por concepciones teológicas de los derechos humanos me refiero al intento recurrente de filósofos como Locke o Finnis de fundamentar la existencia de derechos humanos en una voluntad divina, entidades metafísicas o valores absolutos. Por otra parte, la más sofisticada concepción racionalista de los derechos la presenta Kant en su defensa del derecho humano por excelencia: el derecho a la libertad. No obstante, su concepción de los derechos se queda corta frente a las demandas por el reconocimiento de derechos positivos o de prestación, que se impondrán con el advenimiento de la sociedad industrial. No solo los derechos de abstención sino el acceso a los servicios públicos y al bienestar son reivindicados como derechos humanos. La senda racionalis-

[33] Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales...*, *cit*., p. 298.

[34] Sobre el punto véase *infra*, I. 2. Una buena introducción a la filosofía de la mente se encuentra en Searle, John, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Barcelona, Nobel, 2000, p. 259 (actitudes proposicionales); pp. 267-288 (contenido proposicional); p. 273 (estados intencionales).

[35] El fundacionalismo de los derechos es rechazado por Rorty, al mismo tiempo que toda teorización por ser contrarios a la concepción pragmatista que niega el esencialismo. No obstante, como muestra Dworkin, ninguna de las dos primeras conduce necesariamente a este último. Cfr. Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-Londres, The Belknap Press of the Harvard University Press, 2006, pp. 36-41.

ta que basa los derechos humanos en la autonomía ha sido luego seguida, con resultados dispares y poco persuasivos, por la teoría discursiva del derecho, según Habermas o Alexy. La razón de que esta teoría de los derechos no resulte plausible tiene que ver con la idealización de la persona humana como libre e igual pese a las crasas diferencias. Igual de insatisfactorio, desde el punto de vista filosófico, resulta el intento de justificar los derechos en la existencia de necesidades humanas básicas. Tal propuesta incurre en la conocida falacia naturalista, consistente en pretender derivar un deber ser, p. ej., los derechos humanos, a partir de un hecho, *i. e.,* la existencia de necesidades básicas. Pero, como bien lo mostró ya Hume, que algo sea de una determinada manera no quiere decir que deba ser siempre así; por ello, fundar los derechos en factores contingentes como las necesidades no es una teoría suficientemente persuasiva.

La reacción escéptica a los derechos humanos proviene de sectores políticos defensores de la particularidad cultural y la autodeterminación política de las naciones. Carl Schmitt, p. ej., identificará los derechos humanos con los derechos negativos propios del Estado liberal burgués.[36] Rorty cuestiona el fundamento racional de los derechos humanos al subrayar el ineludible etnocentrismo del que hacen parte nuestras posiciones valorativas, entre ellas la defensa de los derechos.[37] Lo sorprendente es que ninguno de los dos renuncia a la idea de los derechos humanos como algo que puede traer resultados beneficiosos para quienes hacen parte de la cultura. Pero se equivocan al limitar estos efectos a los miembros de un grupo nacional. La posición escéptica frente a los derechos humanos tampoco resulta defendible. Menos en un mundo donde la legitimidad del poder depende de que este satisfaga las exigencias de una moral crítica.

No basta para defender los derechos humanos con su amplio reconocimiento por parte de las naciones y las culturas políticas y religiosas. Como sostiene Dworkin, "si queremos justificar el rol especial que cumple la idea de los derechos humanos en la

[36] Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1934, pp. 189 y ss.

[37] Rorty, Richard, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad"..., *cit.,* Madrid, Trotta, 1998, pp. 117-136.

política doméstica e internacional, debemos definir los derechos humanos más críticamente".[38] Estimo que Dworkin tiene razón en este punto cuando se enfrenta a la radicalidad de Rorty y su rechazo a todo fundacionalismo de los derechos humanos. Aceptar la idea de que los derechos humanos, para que valgan universalmente, deban pasar un *test* moral crítico, no significa necesariamente, como parece concluir Rorty, que abracemos una cierta forma de esencialismo, o que tengamos que comprometernos con la postura filosófica del realismo moral. Solo los derechos de alto grado de importancia en general tienen la capacidad de justificar las limitaciones a la acción política. Pero sobre este punto volveremos más adelante, cuando nos refiramos a la concepción pragmática del derecho que sí acepta la objetividad de los juicios de valor,[39] en clara contradicción con lo sostenido por Rorty.[40]

¿En qué consiste una concepción de los derechos humanos que se toma en serio las emociones morales? ¿Por qué ella sería más plausible que las anteriores teorías de los derechos humanos, en particular la teoría discursiva de Habermas y Alexy o la interpretativa de Dworkin? En el presente acápite expongo algunos elementos de la concepción intencionalista que apuntan a esbozar las respuestas a tales interrogantes.

Los derechos, como conceptos artificiales o constructos sociales, son hechos institucionales —en el sentido de Searle—.[41] Los derechos no tienen un correspondiente semántico en la realidad.[42] Ellos representan un juego del lenguaje mediante el cual creamos realidad social. Al otorgarnos derechos recíprocamente nos permitimos a nosotros mismos vernos como seres morales, esto es, como personas iguales en consideración y respeto.[43]

38 Dworkin, *Is Democracy possible here?..., cit.,* p. 34.

39 Representantes de esta concepción son Putnam, Hilary, *Ethics without Ontology*, Cambridge, Estados Unidos, Londres, Inglaterra, Harvard University Press, 2004; y Dworkin, *Justice in Robes..., cit*.

40 Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996; *El pragmatismo: una versión*, Barcelona, Ariel, 2000.

41 Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 75 y ss.; p. 108; y especialmente pp. 112 y ss.

42 Ross, Alf, *Tû-Tû..., cit*.

43 Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 333-334.

Ahora bien, la noción de los juegos de lenguaje introducida en la filosofía por Wittgenstein tiene utilidad para explicar cómo, mediante actos lingüísticos, nos otorgamos recíprocamente derechos. No obstante, el fundamento de tales derechos trasciende lo lingüístico. En mi criterio involucra estados intencionales, en particular las emociones, y un tipo particular de emociones, las emociones morales.[44]

Sobre las emociones morales es pertinente aquí sintetizar lo ya expuesto de manera más extensa en otro lugar.[45] Las emociones morales, según la literatura filosófica, hacen referencia a estados mentales con especial relevancia para la acción humana. Estas presuponen un estado o disposición intencional del sujeto suscitado por una situación o persona que mueve a la acción. Mientras que me indigno cuando veo que un agente daña injustificadamente a otro, me da rabia cuando el mismo agente me daña injustificadamente a mí. Las emociones morales guían nuestro juicio práctico y nos llevan a actuar. Las características de las emociones morales las convierten en elementos muy importantes para el derecho, donde la búsqueda de la justicia exige hacer juicios prácticos correctos, según el contexto fáctico y normativo y actuar en consecuencia con dichos juicios.

A continuación mostraré mediante dos ejemplos la importancia de la intencionalidad para una teoría adecuada del derecho. Esta busca superar las teorías positivistas[46] y discursivas.[47] Luego mostraré cómo las emociones morales juegan un papel central en la fundamentación de los derechos humanos.[48]

El primer ejemplo es tomado de la literatura. Se preguntan tanto Kelsen, Hart y Alexy en qué se diferencian el acto de un

---

44 Véase al respecto *infra*.

45 Arango, Rodolfo, "La Ley de Justicia y Paz en perspectiva iusfilosófica", en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 17, nov-dic, 2006, pp. 37-63. Véase infra I. 4.

46 Cfr. las teorías positivistas de Hans Kelsen, Carl Schmitt o Herbert L.A. Hart.

47 Cfr. las teorías discursivas de Jürgen Habermas, Robert Alexy o Carlos Santiago Nino.

48 Al respecto véase Ernst Tugendhat o John Searle.

bandido y el acto de un cobrador de impuestos. Mientras que para Kelsen es la existencia de una norma la que permite distinguir el acto lícito del cobrador de impuestos del acto ilícito del bandido —no precedido de norma anterior—, para Hart la preexistencia lo es de las reglas secundarias y de reconocimiento. Alexy, por su parte, introduce un elemento diferenciador adicional, que distingue la teoría discursiva de las teorías positivistas. El acto del bandido no eleva una pretensión de corrección, mientras que el acto del cobrador de impuestos sí. De la pretensión de corrección presente en el derecho, Alexy deriva la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral.

Pese a su poder explicatorio, las teorías positivista y discursiva del derecho buscan su fundamento en hechos externos al sujeto sobre los cuales no hay consenso alguno. Tales teorías son herederas de la influencia kantiana que rechaza inclinaciones, deseos y sentimientos por ser como "arena que ha entrado en la maquina (de la razón)". Una teoría del derecho que tenga en cuenta los estados intencionales de los sujetos que usan el juego del lenguaje jurídico parece ser, sin embargo, más adecuada que sus rivales para explicar la diferencia entre el bandido y el cobrador de impuestos. Sobre los estados intencionales valga aquí recordar lo explicado por John Searle:

> Muchos estados y acontecimientos mentales, aunque no todos, se dice que son intencionales. Así, las creencias, los deseos, los temores, etc., son intencionales mientras que el nerviosismo o la ansiedad no lo son. La clave para distinguir un estado intencional de otro estado mental que no es intencional es la siguiente. Siempre que tengo un estado mental intencional puedo decir sobre qué versa ese estado: mi creencia es mi creencia de que tal y tal, mi deseo es el deseo de que tal y tal... y así sucesivamente. Pero mi nerviosismo y mi ansiedad, para poner solo un par de casos, no tienen que versar sobre nada, aunque vayan acompañados de creencias y deseos. En general, los estados intencionales se relacionan con los objetos y estados de cosas sobre los que versan por medio de la representación, no de modo distinto a como los actos de habla representan objetos y estados de cosas.[49]

[49] Searle, John, *Razones para actuar..., cit.,* p. 273.

Mientras que en el caso del positivismo y de la teoría discursiva los estados intencionales son irrelevantes para identificar el derecho y distinguirlo de la mera coacción, para la teoría de las emociones morales los estados intencionales son constitutivos del "juego del derecho". Mientras que el bandido no exhibe creencia alguna que acompañe sus actos y que permita entenderlos como actos deónticos que reconocen derechos o asignan obligaciones, en el caso del cobrador de impuestos el estado intencional de creencia —en el derecho— es necesario.[50] Para identificar sus actos como actos jurídicos.[51] Tal estado intencional de creencia, en el que lo ordenado es derecho, está excluido de entrada en el caso del bandido.

El segundo ejemplo es tomado de la realidad nacional: ¿cómo distinguir entre el acto de un político que se relaciona con paramilitares por coacción insuperable de aquel que lo hace con el ánimo de delinquir? Cierto es que cada caso deberá juzgarse separadamente, según el principio de responsabilidad penal individual. No obstante, es posible mostrar que sin un enfoque que investigue los estados mentales de los implicados al cometer sus acciones no es posible resolver el interrogante de su responsabilidad. Buena parte de la labor de los jueces penales consiste precisamente en establecer mediante pruebas cuáles fueron los deseos, creencias, intereses o emociones de los actores y sus contenidos proposicionales. Las conductas externas, por sí solas, no reflejan la legalidad de las acciones de los agentes. Por otra parte, las falsas creencias no los eximen de su responsabilidad, por ejemplo, al creer que los paramilitares actuaban como agentes del Estado al ejecutar sus acciones, valga decir masacres, homicidios, etc., bajo el amparo o con el apoyo de la fuerza pública. Todo lo anterior vale igualmente para los empresarios

[50] La pretensión de corrección (Alexy) y la integridad del derecho (Dworkin) son teorías externalistas "puente" hacia la teoría internalista. Ello porque apuntan correctamente a estados intencionales constitutivos de la práctica del derecho (pragmática), superando explicaciones del derecho limitadas a la descripción de estados de cosas objetivas. Véase infra I. 4.

[51] Ya Hebert L. A. Hart había intuido esta característica del derecho, al afirmar que si bien su validez no requiere la creencia en él o su aceptación por parte de los ciudadanos, sí exige que los funcionarios públicos crean que el derecho es obligatorio y lo obedezcan.

de Chiquita Brands,[52] así como para otros empresarios e industriales.

Los anteriores casos muestran la relevancia de los estados intencionales para el derecho. Pero, ¿qué nos dicen para la teoría de los derechos humanos? ¿Qué relación tienen con estos los estados emocionales? ¿Y, de nuevo, por qué esta concepción intencionalista de los derechos sería superior a la discursiva y la racionalista?

Por mucho tiempo las teorías de los derechos humanos han buscado un fundamento racional para los mismos. La restricción a la libertad que implica su observancia —la imposibilidad de hacer justicia por mano propia, por ejemplo— exige de una justificación moral. Los intentos de fundamentación de los derechos en la autonomía, la igualdad o la dignidad presentan tanto ventajas como limitaciones. Su desventaja más notoria radica en que colocan el fundamento de los derechos en valores o bienes afuera del sujeto y, por tanto, relativos.

Los derechos humanos protegen posiciones normativas del sujeto de gran importancia y universalidad. Su violación genera el resentimiento —cuando uno es dañado injustamente—, la indignación —cuando otro es dañado injustamente— o la vergüenza —cuando uno daña injustificadamente a otro—. El desconocimiento de los derechos humanos nos parece abominable; la muerte o lesión del inocente, execrable; la discriminación racial o la tortura, inaceptable. Cuando suceden nos sentimos amenazados, descompuestos, afectados en nuestro autorespeto. Las emociones morales son, en este sentido, condición necesaria, más no suficiente, de los derechos humanos. Cuando estos son violados se genera en nosotros un estado intencional defectivo: creemos que nuestra vida ha sido afectada negativamente. Cuando consentimos o cohonestamos la violación de posiciones normativas que nos son muy importantes, nuestro propio

[52] Chiquita Brands International se dedica a la venta de plátano a nivel internacional, se fundó en 1871 como United Fruit Company — cambió el nombre a Chiquita en 1990—, cuenta con 25 000 empleados en 70 países. Sus acciones se transan en la bolsa de Nueva York. Fue la primera empresa en ser condenada en Estados Unidos por patrocinar grupos paramilitares en Colombia (*Semana,* 27 dic 2007).

honor o imagen desciende, sentimos vergüenza por nosotros mismos.

La clave para comprender el papel de las emociones en la teoría de los derechos humanos se encuentra en la famosa fórmula de Radbruch. Esta dice: la ley extremadamente injusta no es derecho.[53] Tal fórmula ha sido aplicada por los jueces alemanes tanto para privar de carácter jurídico a las leyes raciales nazis como a las leyes penales de la Alemania Oriental que legitimaban los disparos contra personas que pretendían huir del régimen comunista. Llama la atención que Gustav Radbruch haya calificado la injusticia que resta el carácter jurídico a la ley. La fórmula no establece que "la ley injusta no es derecho". Ello porque en materia de justicia se acoge una posición no cognitivista, pluralista. Los valores son culturalmente relativos y el conocimiento de valores absolutos o últimos no nos es asequible. ¿Qué función cumple entonces el adverbio "extremadamente" que califica la injusticia? En mi concepto señala un nivel de (in)tolerancia que muestra la relevancia de las emociones para el derecho, en particular para la teoría de los derechos humanos. Lo extremadamente injusto ofende nuestra sensibilidad, rebasa nuestro nivel de tolerancia, nos lesiona y es, por tanto, rechazado. Poco importa el origen de esa creciente sensibilidad y su permanencia. Bien puede tener razón Richard Rorty que es un hecho cultural contingente que ha aumentado con el bienestar de las sociedades modernas, pero no por ello son un hecho irrelevante. Lo extremadamente injusto expele los actos del amparo en la legalidad. Ello porque tanto el estado intencional del agente del injusto extremo, como el estado intencional de quien juzga el acto inciden en la calificación de la conducta. Es más, la decisión moral o jurídica podría no ser correcta si la emoción moral correspondiente no guiase nuestro juicio.

Otro hecho que reafirma la relevancia de las emociones morales para la teoría de los derechos humanos es el primer Código Penal Mundial acogido en el Estatuto de Roma. Los primeros delitos universales —genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agre-

[53] Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 135-136.

sión— manifiestan conductas execrables, individuales o estatales, que no estamos dispuestos a tolerar como comunidad mundial. La experiencia nos enseña que estos crímenes internacionales, sin ser los únicos concebibles, suministran justificación suficiente para intervenir la actitud cómplice o dilatoria de regímenes que cohonestan con prácticas que lesionan la dignidad humana.

Retornando al inicial, Dworkin sostiene que la tortura viola flagrantemente los derechos humanos. Observa que cuando los gobiernos violan así los derechos humanos estamos dispuestos a contemplar graves sanciones para intentar parar tales crímenes. Ello vale incluso para casos de emergencia, peligro extremo. La razón que ofrece es persuasiva, pese a no explicitar las emociones implícitas en su juicio: "Nos dañamos a nosotros mismos, no solo a nuestra víctima, cuando ignoramos su humanidad, porque al denigrar su valor intrínseco denigramos el nuestro. Comprometemos nuestra propia dignidad y el respeto hacia nosotros mismos [...]. Sacrificar el respeto por nosotros mismos de cara al peligro es una forma particularmente vergonzosa de cobardía".[54] Es así como acertadamente señala que en el caso de la tortura —incluso frente a la amenaza atómica— la ponderación de derechos que se plantea no es entre la seguridad de nosotros y la integridad del delincuente, sino entre nuestra seguridad y nuestro honor.[55]

En resumen, una teoría del derecho que tiene en cuenta la intencionalidad en la acción humana parece más apropiada que otras teorías como la positivista o la discursiva para distinguir los actos jurídicos de los meros hechos brutos. Para la teoría de los derechos humanos los estados intencionales remiten directamente a las emociones morales, bien sean entendidas estas como estados intencionales o juicios de valor. En cualquiera de ambas acepciones, las emociones morales son objetivas y constituyen el fundamento de los derechos humanos. Su función es guiar el juicio práctico de forma que sea objetivo y correcto. Ello nos remite a las preguntas por la objetividad en el derecho y el papel que pueden cumplir las emociones morales en la búsqueda de decisiones correctas.

---

54 Dworkin, *Is Democracy possible here?...*, *cit.,* p. 50.

55 *Ibidem,* p. 51.

2.3. La objetividad en el derecho y las emociones morales como guía de la decisión judicial correcta

Corrientes escépticas como las representadas por Richard Posner —padre del análisis económico del derecho— o Richard Rorty —el más denodado defensor del relativismo—, han cuestionado renovadamente la objetividad en el derecho. Para ellos no habría decisiones correctas, solo fallos más o menos convenientes según los intereses en juego. Tal postura allana el camino al análisis del derecho como campo de lucha política, y de paso cuestiona todo papel que puedan cumplir las emociones morales como guía de las decisiones judiciales correctas. Según este enfoque, no habría nada más subjetivo y arbitrario que los sentimientos de los jueces.

La negación de la objetividad en derecho proviene del rechazo a una teoría de la verdad como correspondencia. No hay un mundo "allí afuera" que convalide las proposiciones sobre él. El rechazo a una realidad moral independiente del sujeto lleva indefectiblemente a pragmatistas como Rorty o Posner a negar la objetividad. La relación del intérprete con el derecho sería una de apropiación, no de descubrimiento. Esta posición es además reforzada por el categórico rechazo de Rorty a toda forma de teorización. La praxis, no la teoría, es relevante para la acción y lo que consideramos útil. Posner también hará hincapié más en los resultados de las decisiones que en su corrección o en la equidad de los procedimientos.

Por su parte, filósofos morales como Hilary Putnam o Ronald Dworkin han renovado sus argumentos en contra de las tesis escépticas de la objetividad. Este último trae a cuento un argumento contundente de Putnam, citado por Bernard Williams en otro lugar: "Si como lo afirma Rorty la descripción correcta del mundo (por nosotros) es un asunto sobre lo que nos conviene decir, y, si, como lo admite el mismo Rorty, nosotros encontramos conveniente decir que la ciencia descubre un mundo que ya está ahí, no hay entonces sencillamente perspectiva alguna desde la cual Rorty pueda afirmar, como en efecto lo hace, que la ciencia no descubre realmente un mundo que ya está allí, sino bien o mal lo inventa".[56]

[56] Dworkin, *Justice in Robes...*, *cit.,* p. 37.

El argumento de Putnam contra la tesis de Rorty debe entenderse bien. No es que Putnam sostenga que tengamos acceso definitivo, por vía de la ciencia, a una realidad independiente de nosotros, que está allí afuera. Lo que dice es que si la verdad y objetividad dependieran de lo más conveniente para nosotros, podría ser que lo más conveniente fuese entender que la ciencia descubre un mundo que está allí afuera; no tendríamos la posibilidad de adoptar una posición desde la cual nos colocáramos para decir que el mundo no es realmente como está allí afuera.

El rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia mente-mundo no nos condena a la subjetividad o al relativismo. Por el contrario, una teoría de la verdad como coherencia es suficiente para preservar la objetividad. La objetividad no depende de premisas metafísicas como las asumidas por los realistas morales, a saber que existe un mundo moral allá afuera. Los argumentos para apoyar la objetividad de nuestras tesis o demandas son válidos solamente si son suficientemente sistemáticos y han sido mutua y recíprocamente examinados.[57]

Es en ese sentido que la objetividad es defendible en el derecho. La objetividad se construye argumentativamente y en forma compartida. Contra el escepticismo valorativo es posible oponer la práctica del derecho, la cual consiste en elevar propuestas de sentido normativo que se convalidan o no como objetivas por medio de la argumentación. La objetividad en el derecho es posible gracias a la coherencia de la teoría que sustenta las respuestas.[58] Dworkin tiene sin duda razón cuando afirma que toda pretensión en el derecho está indefectiblemente ligada a la teoría. Cuando decimos que la tortura está prohibida, la discriminación racial es injusta o el uso de la fuerza del dinero o las armas para ser elegido son delitos, elevamos propuestas de sentido que consideramos ofrecen la mejor justificación de nuestra práctica jurídica. La respuesta correcta en cada uno de estos casos será idéntica con la mejor justificación de la práctica jurídica. Carece de sentido, entonces, afirmar que la tortura

57 *Ibidem,* p. 260.

58 Véase al respecto, Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

no está "objetivamente" prohibida porque no existe un mundo allá afuera, independiente de nosotros mismos, en el cual la tortura contraríe valores morales existentes. Para afirmar que la tortura está "objetivamente" prohibida bastaría mostrar que la interpretación más coherente e integral de toda la práctica jurídica nuestra prohíbe la tortura.

Podemos aterrizar la discusión sobre la objetividad al evaluar una pregunta que ocupa el centro de la discusión actual en el llamado proceso de reconciliación. La pregunta es si personas que han cometido delitos de lesa humanidad como masacres pueden participar en política, ser elegidos, por ejemplo, congresistas. La actual Constitución lo prohíbe al inhabilitar para ejercer ese cargo público a las personas condenadas a pena privativa de la libertad, salvo el caso de delitos políticos. Los cabecillas del paramilitarismo, concientes de la dificultad de que los delitos de lesa humanidad sean tenidos como delitos políticos, exigen una reforma. Afirman que lo político, en este caso la paz, está por encima de lo jurídico. Bajo esta tesis, la decisión más conveniente y "correcta" para el país es modificar la Constitución y permitir que los paramilitares puedan participar en política, como en su momento se le permitió al M-19.

El interrogante filosóficamente interesante en este caso es si una hipotética reforma constitucional que permitiera hacer política a personas que cometieron delitos de lesa humanidad sería derecho o, por ser una decisión extremadamente injusta, carecería de tal calidad. La respuesta en este último sentido significa que puede haber incluso decisiones políticas constituyentes en un país que, pese a quererlo, no podrían convertirse en derecho por desconocer la intencionalidad necesaria para aceptar tal decisión como parte del derecho. En esa perspectiva, la decisión de privar de la calidad jurídica a la norma constitucional sería una prueba fehaciente de que los derechos humanos son efectivamente un límite a la democracia. La decisión correcta, entre otras razones a la luz del Tratado de Roma que sanciona los delitos de lesa humanidad, sería la invalidación de la reforma constitucional. La discusión sobre el estatus jurídico del tratado internacional de derechos humanos en el orden interno de cara a la supremacía de la Constitución sería aquí irrelevante. Esto porque desde la perspectiva iusfilosófica la decisión de no sancionar

proporcionadamente el delito de lesa humanidad es equivocada. Ello ofende las emociones morales de las víctimas y hace la práctica jurídica del país indeseable e ilegítima, diluyendo el derecho en la política y desconociendo los derechos humanos. Resultaría intolerable y denigrante para la población del país verse representada por criminales de lesa humanidad por el simple hecho de que con sus mal habidas fortunas pueden comprar las conciencias suficientes para hacerse elegir.

Las emociones morales —p. ej., el autorespeto u orgullo, la indignación, el resentimiento, la culpa— importan. La racionalidad política no puede pasarlas por alto sin deslegitimarse, sin desconocer los límites morales que plantean dichas emociones. Los derechos humanos expresan tales límites al asegurar lo que es valioso simbólica y materialmente para los seres humanos. Como bien lo anota Martha Nussbaum, las leyes —incluso la Constitución— establecen un repertorio emocional a la sociedad,[59] del cual a su vez depende la normatividad social. Si no atendemos a esta potencialidad del derecho y a su relación con las emociones, corremos el riesgo de devaluar la práctica política y jurídica del país, incluso hasta convertirla en algo difícilmente discernible de la manipulación y la violencia.[60]

Al hacernos concientes de la relevancia de las emociones morales para el juicio práctico, en particular para las decisiones jurídicas, debemos auscultar los motivos e intenciones de los actores que demandan un tratamiento de delincuentes políticos. Las razones no son en este caso las del disidente ideológico, del revolucionario que bien o mal pretende transformar el mundo con sus ideas en pos de la justicia social. Las intenciones de este son altruistas, aunque sus métodos deleznables y prohibidos. El delincuente por convicción se niega por razones filosóficas a aceptar el orden jurídico existente. Ninguno de dichos estados intencio-

[59] Nussbaum, Martha, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2004; *Upheavals of Thought. The Inteligence of Emotions*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001.

[60] Sobre la estrecha relación entre emociones y normas sociales, véase Elster, Jon, *Las alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona, Paidós, 2002.

nales caracteriza al paramilitar. Este no combate el orden jurídico existente, sino que pretende apoyarlo mediante el uso ilegal de la violencia. Sus razones son las de la legítima defensa ante la presunta o real agresión, no las del delincuente por convicción. En este sentido no puede pretender móviles políticos altruistas en sus acciones, sino de defensa —para ellos legítima— de sus propios intereses. La legitimidad de la defensa tiene que decidirse en un proceso diferente al político, porque los crímenes cometidos son comunes y lo son contra la humanidad.

En resumen, la objetividad en el derecho puede defenderse mediante la fuerza de los mejores argumentos dentro de una teoría de la verdad como coherencia. Las emociones morales guían el juicio práctico en el sentido que nos señalan los límites de lo tolerable. Las decisiones políticas, así sean constitucionales, no pueden desconocer los derechos humanos como expresión del nivel de sensibilidad que como humanidad hemos logrado alcanzar frente a los actos igualmente humanos que denigran y niegan nuestro autorespeto, dignidad y sentido de la decencia. Como lo recuerda Dworkin para la tortura, en el caso del perdón político para criminales de lesa humanidad nuestro conflicto no es entre paz y violencia, sino entre seguridad pública y dignidad.

2.4. La derrotabilidad de la tesis presidencial de la coacción insuperable

En el caso de las relaciones entre políticos y paramilitares la pregunta central es si la creencia del político de encontrarse en una situación de coacción insuperable es algo que se pueda verificar en la práctica. Todo el proceso penal constituye una estrategia para tal fin. Una observación detallada de los hechos permite arribar a una respuesta. Si la coacción del grupo armado fuese en el sentido de amenazar la vida o integridad personal en el caso de que el político decida abandonar el ejercicio de la política, solo entonces se podría sostener que el agente se encontraría "insuperablemente obligado" a seguir en la actividad, pese a las condiciones ilícitas impuestas por el grupo ilegal. Pero si la coacción es para que haga determinado ejercicio de la política —p. ej., en-

tregándoles parte de los recursos públicos o adjudicándoles los contratos— bastaría con que el agente renunciara a la actividad política en la zona, con lo que la coacción no sería insuperable. De hecho, personas a quienes los paramilitares condicionaron el ejercicio de la política optaron por retirarse dignamente antes de acceder a las condiciones impuestas por los delincuentes, en particular cuando sabían de las prácticas de dichos grupos armados ilegales en las zonas de su influencia.

Por fortuna para el país, los jueces no han hecho eco a la tesis presidencial de la "coacción insuperable". La doctrina penal sentada por la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 15 de febrero de 2007 que privó de la libertad a seis congresistas por sus vínculos con paramilitares sostiene que "quien accede a la función pública merced al poder corrupto o intimidante de la organización paramilitar —o quien lo intenta—, se convierte en miembro de ella y participa desde su particular posición en el desarrollo del proyecto delincuencial, asumiendo el rol que le corresponde dentro de la división de trabajo diseñada por la empresa criminal". En anterior ocasión tuve la oportunidad de expresar mi opinión sobre esta trascendental decisión de la justicia penal en Colombia. En un artículo sostuve que:

> La significación política de la decisión marca un punto de quiebre en la forma de hacer política en Colombia. Para la Corte Suprema de Justicia resulta claro que el apoderamiento del poder político mediante la coacción e intimidación armada se lleva a cabo a expensas de la libertad de participación de los ciudadanos, violando sus derechos políticos fundamentales. La violencia no puede ser un medio de legitimación del poder político. Tampoco el engaño o la ventaja indebida producto del apoyo económico por parte de grupos al margen de la ley. El mensaje de la Corte es elocuente y enfático frente a la forma tradicional de hacer política clientelista. Quien se favorezca políticamente del accionar de grupos armados irregulares se convierte en parte de la organización criminal. Aquí no valen argumentos de fuerza incontenible o de ignorancia. Nadie está obligado a beneficiarse de la intimidación y la coacción ilegales. Existen otras alternativas. La situación de los implicados y favorecidos no era inescapable, más si se tiene en cuenta que la decisión de continuar en la contienda política en esas circunstancias

contribuía al fortalecimiento y a la expansión del proyecto de toma de poder por vía armada.[61]

La intencionalidad de los actores, según la justicia penal, debe evaluarse individualmente, pero la toma paramilitar de la política debe apreciarse como una estrategia coordinada y colectiva. Nuestras capacidades intelectuales no deben ser inferiores al reto que nos ha tocado vivir. Es necesario entender la magnitud de la amenaza al orden democrático pacífico y libre que representa el uso de la violencia para acceder al poder político.

Desde los inicios de la modernidad con Hobbes en el siglo XVII ha quedado claro que quien apuesta a vivir bajo el pacto social no puede guardar reservas respecto al abandono de la violencia para alcanzar sus propósitos. Por grande que sea el peligro o la emergencia, la única garantía para asegurar la paz es la sujeción plena al derecho. Para este propósito el aporte de Kant, el filósofo de la Ilustración es invaluable: solo podremos alcanzar la paz si las naciones y los pueblos se someten al imperio del derecho y a la resolución de las diferencias por medio del uso de la razón.[62]

Como profundo conocedor de la mente humana, Kant advierte que "no puede considerarse válido ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro".[63] Esta advertencia hecha para los acuerdos entre estados vale igualmente para los pactos de paz entre grupos: "[...] una parte del mundo que se sienta superior a otras no dejará de utilizar los medios adecuados para fortalecer su poder mediante la expoliación, o incluso la dominación, aunque las otras no se opongan en su camino".[64] Kant reitera por ello la necesidad de que la voluntad real de los actores se sujete incondicionalmente al principio del derecho y que coincida con las declaraciones públicas: "No basta para este fin [de la paz perpetua] la voluntad de todos los individuos de vivir en una constitución

---

61 Arango, Rodolfo, "El desmonte de la parapolítica: el papel de la Corte Suprema de Justicia", en *Caja de Herramientas,* núm. 52, 9 mar 2007 *(http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0052).* Véase su anexo 12.

62 Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

63 *Ibidem,* p. 5.

64 *Ibidem,* p. 47.

legal según los principios de la libertad [...] sino que es preciso, además, que todos conjuntamente quieran esa situación [...] para que se instituya el todo de la sociedad civil".[65]

Las anteriores reflexiones del filósofo de la Ilustración nos deben servir para rechazar definitivamente el argumento de la coacción insuperable esgrimida por los políticos prácticos para aliarse con grupos paramilitares. No debemos olvidar que para estos el derecho es esclavo de la política. Si aceptamos la tesis de la coacción insuperable tenemos que estar dispuestos también a aceptar la justicia privada en caso de ausencia o debilidad del Estado y asumir las consecuencias de la misma para todos nosotros. Ellas significarán el deshonor de la vida bajo el miedo y la amenaza. Si no fundamos la acción política en el respeto irrestricto a la igualdad y libertad de los otros, vana será la paz pretendida.

2.5. Conclusiones

Hemos intentado aquí defender las emociones morales como fundamento de los derechos humanos y a estos como límite a la democracia. El camino para ello fue el de analizar casos concretos en los que se invoca una situación extrema que justificaría ciertas acciones, sea la tortura o la alianza con criminales para combatir un mal mayor, sea el terrorismo o la subversión. Pero lo que serían casos aislados cuyo juzgamiento correspondería a los jueces, se han convertido en decisiones democráticas que elevan a norma general el uso o el perdón del uso de la violencia como medio para enfrentar amenazas mayores. La ley patriota en Estados Unidos, la Ley de Justicia y Paz en Colombia o las propuestas de reforma constitucional que promueven el perdón y el olvido, son ejemplos de esta tendencia a anteponer la política al derecho, las razones de conveniencia antes que las razones de principio. Nuestra tesis central de cara a esta evolución ha sido un no categórico a estos intentos, por considerar que ellos violan los derechos humanos, van en contravía de las nuevas realidades mundiales y hacen de nuestro mundo un lugar más miserable.

[65] *Idem*.

En este itinerario pretendimos poner varias cosas en claro. Primero, la fundamentación racionalista o iusnaturalista de los derechos humanos no parece satisfactoria, entre otras razones porque deja aspectos de la intencionalidad en la conducta humana por fuera. Segundo, las emociones morales, entendidas en sentido objetivo, cumplen un papel primordial como guía de los juicios prácticos. En su papel de fundamento de los derechos humanos señalan el nivel de tolerancia admisible frente a las decisiones políticas democráticas. La teoría intencionalista de los derechos humanos que se presenta es todavía incipiente. Pero los argumentos aquí expuestos muestran su cercanía con otros intentos valiosos e influyentes, como el de Kant o el de Dworkin, que buscan igualmente colocar un límite a la libre disposición política, el primero desde la moral crítica y el segundo a partir de la dignidad como fundamento de los derechos humanos.

Pero el desafío es mayor. Requiere pensar y ejercer el derecho y la moral post-ontológicamente, y despedirse de una metafísica tradicional como la asumida de diversa forma tanto por el derecho natural como por el positivismo. En este sentido las propuestas pragmatistas de Putnam o Dworkin son esclarecedoras. No solo no es necesario desterrar la objetividad del derecho, sino que la creciente sensibilidad hacia el sufrimiento humano —de la cual es más conciente el feminismo— se convierte en el mejor aliado para la persecución de actos de lesa humanidad. La indignación que suscita la violación de los derechos de las personas por fines políticos y la vergüenza que genera vivir en una sociedad complaciente con el sufrimiento humano son factores que nos permiten valorar la importancia de imponerle un límite moral a la política y justificar el recorte de la voluntad política mayoritaria. Tales demandas son canalizadas actualmente bajo la forma del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente es importante interpretar el concepto de derecho a partir de la filosofía de la mente, en particular de los estados intencionales o las actitudes proposicionales. Desde este enfoque las emociones morales adquieren gran relevancia. Que una ley o reforma constitucional pierda su validez jurídica si su contenido rebasa el nivel de tolerancia aceptable, es un avance en la filosofía política y para la civilización. Ello pese a que su justificación teórica esté hasta ahora solo enunciada.

3. Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales*

3.1. Introducción

Conocida es la objeción de Habermas contra Alexy, según la cual la concepción de los derechos fundamentales como máximas de optimización elimina el contenido deontológico de los derechos. La concepción teleológica de los derechos fundamentales llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales ya no serían "cartas de triunfo", en contra de las metas estatales, sino únicamente "valores", que tendrían que ser sopesados con valores contrapuestos en cada situación concreta. El entendimiento teleológico de los derechos fundamentales destruiría las garantías constitucionales del individuo.[66]

Es discutible si los principios deben ser concebidos como máximas de optimización y los derechos fundamentales como principios. La concepción teleológica de los derechos fundamentales debilita, así Habermas, las garantías fundamentales y favo-

---

* Publicado en español por Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver-Lalana, Daniel (coords.) *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

66 Habermas no está solo en su crítica a una comprensión teleológica de los derechos. Robert Nozick comparte esa posición en su libro *Anarchy, State, and Utopia,* Oxford, Basil Blackwell, 1974.

rece la persecución de metas políticas arbitrarias en desmedro de los derechos del individuo. De otra parte, se afirma que la concepción defendida por Alexy, para quien los derechos se realizan gradualmente, no se concilia con la tradición liberal. ¿Qué concepción de los derechos fundamentales será la más adecuada para un estado constitucional, democrático y social de derecho, esto es, qué concepción de los derechos fundamentales servirá mejor a este sistema político?, es una pregunta de central importancia. De la forma que se conciban y se practiquen los derechos fundamentales depende la relación entre ciudadano y Estado, entre libertad y coerción.

La pregunta por la más adecuada concepción de los derechos fundamentales es abordada, a continuación, a partir de la discusión de Habermas y Putnam sobre normas y valores (I. 1), para luego examinar las objeciones de Habermas a Alexy (I. 2). Un enfoque analítico en la investigación iusfilosófica rechaza la estricta dicotomía entre concepciones deontológicas y teleológicas (o axiológicas) de los derechos fundamentales, lo cual ya había hecho Alexy hace más de veinte años cuando definió los principios como máximas de optimización e identificó los derechos fundamentales como principios (II). La estricta dicotomía entre las referidas concepciones es rechazada aquí en oposición a Habermas. Sustentaremos nuestra tesis intermedia mediante un examen de la discusión teórica subyacente y el análisis de un caso real a partir de las concepciones contrapuestas. Mostraremos que los peligros de una teoría no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales pueden ser evitados y que sus ventajas son mayores que sus desventajas cuando se entiende correctamente el rol de la razón en el derecho.

3.2. El trasfondo filosófico de la discusión: Putnam *vs.* Habermas y Habermas *vs.* Alexy

La pregunta por la concepción más adecuada de los derechos fundamentales puede ilustrarse mediante dos debates de gran relevancia en la filosofía moral y política contemporánea. No obstante, antes resulta útil tener en mente la distinción categorial que para Habermas existe entre normas y valores.

3.2.1. La distinción entre normas y valores según Habermas

En su libro *La inclusión del otro* (orig. 1996) Habermas sostiene que las normas se diferencian de los valores en varios aspectos que exponemos a continuación:

	Normas	*Valores*
Contenido	Las normas establecen lo que está ordenado (prohibido) hacer.	Los valores establecen el comportamiento aconsejado.
Modo de vinculación	Las normas obligan categórica e igualmente a sus destinatarios (Las normas son absolutas [categóricas] y universales). Lo debido pretende ser igualmente bueno para todos (sus destinatarios).	Los valores expresan la preferencia por bienes y son vigentes solo en determinadas colectividades para las cuales esos bienes son dignos de aprecio (los valores son relativos [hipotéticos], no universales). Las decisiones de valor reflejan lo que es bueno para mí (nosotros).
Forma de satisfacción	Las normas son cumplidas mediante expectativas de comportamiento generalizadas.	Los valores o los bienes son realizados o alcanzados mediante una acción dirigida hacia un fin.
Pretensión de validez	Las normas son binarias. Ellas son válidas o inválidas. La actitud ante ellas es la misma que la esperada ante oraciones asertóricas: la respuesta es SÍ o NO (pretensión de validez análoga a la de oraciones verdaderas).	Los valores reflejan relaciones de preferencia. Ellos expresan que ciertos bienes son más atractivos que otros bienes. La actitud ante ellos es gradual como en el caso de las oraciones evaluativas, con las cuales podemos estar más o menos de acuerdo (pretensión de validez es gradual).
Obligatoriedad	Las normas poseen el carácter absoluto de los obligaciones categóricas y universales.	Los valores tienen el carácter relativo de un atractivo condicionado y concreto. Los valores son culturalmente relativos.

3.2.2. El debate Putnam *vs.* Habermas

La opción de Hilary Putnam a la diferenciación habermasiana entre normas y valores resulta en alto grado ilustrativa para dilucidar la cuestión que nos ocupa. En esta ocasión nos deberemos conformar con los lineamientos generales del pensamiento del filósofo americano. Putnam rechaza la estricta separación entre normas y valores expuesta por Habermas.

Para el primero, Habermas tiene una concepción kantiana de las normas, *i. e.,* las equipara a la fuerza vinculante del pensamiento racional y de la comunicación racional, mientras su tratamiento de los valores es naturalista.[67] "A éstos se los considera productos sociales contingentes que varían conforme lo hacen los diferentes «mundos de la vida»".[68] Putnam le cuestiona a Habermas que su tratamiento de los valores —en contraposición al de las normas— es tan no cognitivista como el del positivismo. Putnam se pregunta en qué consistirá el interés de relativizar o naturalizar los valores, tendencia que no es exclusiva de la filosofía práctica habermasiana. La respuesta la encuentra en una estrategia contra los escépticos, la cual desemboca también en el positivismo lógico. Ella reza: "Dale al escéptico casi todo lo que reclama, con tal de que puedas conservar un cierto mínimo absoluto".[69] Pese a que Habermas no es un positivista lógico ni un reduccionista —y menos un naturalista—, en concepto de Putnam parece que "su deseo de tratar todo discurso sobre valores fuera de los estrechos límites de la ética del discurso como mera negociación de diferencias entre «mundos de la vida», y también la razón por la que él teme conceder cualquier objetividad que se extienda más allá de esto y que alcance hasta dicho discurso de los valores —es decir, el temor de que tal concesión no sería conciliable con la «modernidad» (que aquí significa la moderna sospecha de todo lo que se considera «metafísico»)— se basan en el fondo en deseos y razones positivistas".[70] Así se cree poder sal-

[67] Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores,* Madrid, Trotta, 2008, p. 48.

[68] *Idem*.

[69] *Ibidem,* p. 73.

[70] *Ibidem,* p. 77.

var la objetividad, concediéndole a los positivistas mucho pero, no obstante, reservándose un trozo pequeño suficiente para reconstruir toda la objetividad ética. Esto es empero un error, según Putnam. El rechazo de las sociedades liberales a la revelación como fundamento de la vida ética y política nos ha convertido finalmente en falibilistas éticos.

Putnam objeta igualmente a Habermas que su teoría del discurso es formalista.[71] Para Putnam no hay razones para creer que el resultado de una discusión ideal y suficientemente prolongada de cuestiones éticas sea inevitablemente correcto, como lo muestra el ejemplo del padre cruel sin ninguna sensibilidad humana. En su criterio, el concepto de situación ideal de diálogo —acuñada y defendida por Habermas— resulta vacío a falta de conceptos éticos densos —como los de crueldad, humillación o consideración—.

> A no ser que se admita que los enunciados que contienen conceptos éticos densos tienen la capacidad de ser "válidos" *tout court*, que son correctos y no meramente racionales dada la "concepción de lo bueno" compartida por una determinada comunidad, entonces la ética del discurso, como el kantianismo en general, será un formalismo vacío.[72]

Para Putnam la validez de una norma se expresa mediante conceptos éticos densos, los cuales no son de ninguna forma binarios o absolutos, sino graduales: una persona puede ser más o menos cruel o generosa, actuar más o menos cruel o generosamente. Putnam llega a la conclusión de que la ética discursiva de Habermas es minimalista porque eleva una única exigencia, a saber, la de discutir toda cuestión ética "según la forma en que lo prescribe la ética del discurso".[73]

La respuesta de Putnam a los argumentos de Habermas puede resumirse en tres tesis centrales que a continuación detallo:

---

71 *Ibidem,* p. 110.

72 *Ibidem,* p. 109.

73 *Ibidem,* p. 110.

a) Sobre la verdad de los enunciados empíricos y los juicios de valor

Habermas parte del supuesto de que Putnam, en relación con la objetividad de los juicios de valor, defiende la tesis, según la cual todos los enunciados empíricos exhiben uno y el mismo tipo de validez; que la palabra "verdadero" es un nombre para ese mismo tipo de validez; y que todos los enunciados éticos correctos —*i. e.*, tanto normas como juicios de valor— tienen la validez de los enunciados empíricos. En contraste con dicho entendimiento, Putnam sostiene que los enunciados empíricos no forman en sí mismos una clase homogénea. "No corresponden a la realidad en uno y el mismo sentido. Se presentan en una plétora de juegos de lenguaje diferentes. En consecuencia, rechazo la idea de que todos los enunciados genuinamente verdaderos funcionan de uno y el mismo modo".[74]

Putnam rechaza el carácter binario —verdadero/falso— y análogo a la verdad o el sentido de validez de los enunciados empíricos, cuando afirma que no cree que todos los enunciados empíricos son enunciados científicos o que puedan ser demostrados mediante un único método exclusivamente. Existen enunciados, como por ejemplo "el trato dado a los indígenas por los colonizadores europeos fue frecuentemente cruel" o "John está enamorado de Mary", que son simultáneamente enunciados empíricos y juicios de valor. Esto no significa —sostiene Putnam— que un enunciado deontológico general, por ejemplo: nunca debería tratarse a un inocente en forma cruel por el placer de hacerlo, sea "empírico". Putnam concede que está dispuesto a emplear la palabra *verdadero* para juicios correctos de cualesquiera de esos tipos. No obstante, considera que lo dicho no muestra, como piensa Habermas, que él "crea que las normas sean juicio de valor (no-deontológicos), o que los juicios de valor (deontológicos o no) sean todos "enunciados empíricos" o que todos los enunciados empíricos sean enunciados científicos, sino simplemente que no estoy de acuerdo con Habermas, en que "verdadero" sea una noción de la validez en el sentido en el que él lo entiende [...]".[75] En este punto Putnam se concibe como un pluralista, que

[74] *Ibidem*, p. 111.

[75] *Ibidem*, p. 113.

reconoce que existen enunciados correctos o verdaderos en muchos y diversos tipos de juegos de lenguaje, y que por "correcto" no entiende simplemente aquello que lo es por compartir el proyecto de esta o aquella comunidad.

b) El predicado gramatical "verdadero"

Putnam vincula la discusión sobre los múltiples significados del predicado "verdadero" con la discusión sobre las teorías de la verdad, en particular con las teorías de "desentrecomillado". A su juicio existen por lo menos tres versiones distintas del desentrecomillado: una versión "deflacionaria" representada por Carnap; una versión "fregeana"; y una versión defendida por Putnam y que le atribuye a Wittgenstein tardío. Lo que todas estas teorías tienen en común es su acento en el principio de equivalencia.[76]

Las diferencias entre las distintas teorías del desentrecomillado consisten, según Putnam, en que para Frege "verdadero" es un predicado de "pensamientos" y los pensamientos no consisten en palabras —que los pensamientos sean objetos platónicos o no es discutido incluso entre los expertos en Frege—. Para Tarski "verdadero" es un predicado de oraciones y las oraciones son meras secuencias de marcas sobre el papel. Para Wittgenstein —así como para Putnam— "verdadero" es un predicado de oraciones que son usadas de determinadas maneras, "esto es, un predicado de objetos que no son ni meramente sintácticos (como las oraciones de Tarski) ni completamente independientes del uso de los objetos sintácticos dentro de una particular comunidad de lenguaje".[77]

c) Pluralismo de valores y normas universales

Putnam considera no fundamentado el temor expresado por Habermas en cuanto a que el discurso sobre corrección objetiva o falsedad objetiva llevaría al desconocimiento del pluralismo. En su concepto Habermas concibe muy estrechamente la pretensión de objetividad al limitarla exclusivamente a normas universales y no extenderla a juicios de valor concretos. Para Putnam la concepción de validez "postradicional", que actualmente se atribuye

[76] *Ibidem,* p. 114.

[77] *Ibidem,* p. 116.

a los enunciados morales, la "aceptabilidad general garantizada", es en el mejor de los casos un criterio puramente formal. A su juicio Habermas muestra una desconfianza y un temor injustificados hacia la tesis defendida por Putnam, en el sentido de que algunos puntos de vista *(Ansichten)* pueden ser correctos o incorrectos, "incluso cuando ninguno de nosotros llegue jamás a una concepción unitaria en cuanto a lo que son".[78]

Como es posible observar, la discusión sobre el carácter deontológico o teleológico de los derechos fundamentales está conectada con cuestiones filosóficas más generales en materia de filosofía moral y ontología. La pretensión de este escrito no es, por cierto, dar luces sobre tales cuestiones, sino ganar algo de claridad respecto del contexto de la discusión en torno a la mejor concepción de los derechos fundamentales. A la luz del telón de fondo conformado por el debate entre Habermas y Putnam sobre normas y valores podemos entender y analizar mejor las objeciones que Habermas eleva en contra de concepción que Alexy tiene de los derechos fundamentales.

3.2.3. La objeción de Habermas a la concepción alexiana de los derechos fundamentales

Puesto que Habermas rechaza la teoría de los principios defendida por Alexy con el argumento de que los derechos deben ser concebidos como normas y no como valores o bienes porque con ello se echa a perder su contenido deontológico, considero útil tener presentes las tesis centrales de Habermas sobre la diferencia entre normas y valores, así como su relevancia para la formulación de un concepto de derechos fundamentales. Esta diferenciación debe ser mantenida, según la opinión del filósofo alemán, para impedir que el derecho secular moderno se confunda con demandas éticas cargadas de valoraciones relativas a un tipo de comunidad determinado. Desde esta perspectiva se hace manifiesto que mientras Alexy se interesa por el vínculo posible entre valores y principios, Habermas opta por subrayar las diferencias entre ambos conceptos.

[78] *Ibidem*, p. 120.

3.2.3.1. El núcleo de la objeción de Habermas

En *Factidad y validez* (orig. 1992) Habermas justifica su rechazo a la concepción de los derechos fundamentales postulada por Alexy, según la cual estos son principios entendidos como máximas de optimización.[79] En su criterio los principios no deben ser entendidos en sentido teleológico-axiológico:

> Las reglas son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, como, por ejemplo, los preceptos relativos a forma en la redacción de los testamentos, mientras que los *principios* representan directivas (como la dignidad humana, el trato igual, etc.) de tipo general, que siempre necesitan de interpretación. Tanto las reglas (normas), como esos postulados generales (principios), son mandatos (o prohibiciones, o permisiones), cuya validez deóntica expresa el carácter de una obligación. La distinción entre estos dos tipos de reglas no debe confundirse con la distinción entre normas y fines u objetivos. Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y deben entenderse —en contra de lo que sugiere la apelación a la "ponderación de bienes", en las habituales *Methodenlehren* o "metodologías jurídicas"— como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez.[80]

En la teoría de los derechos fundamentales formulada por Alexy, los principios son máximas de optimización neutrales frente a los valores. En contraste, Habermas considera este entendimiento cargado de valoración, lo cual contradiría la normatividad del derecho y degradaría los derechos fundamentales del individuo a valores susceptibles de ponderación, con lo cual se le abriría la puerta, según él, a que los derechos fundamentales sean sacrificados en beneficio de bienes colectivos de conformidad con la teoría de los principios.

---

79 Alexy sostiene en el epílogo a su teoría de los derechos fundamentales: "En el centro de este libro se encuentra la tesis de que, más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización". Véase Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, p. 13.

80 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998, p. 278. Véase también Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 55.

3.2.3.2. Alexy y la relación entre normas (principios) y valores

Alexy se ocupa de la relación entre principio —que es un tipo de normas— y valor en su teoría de los derechos fundamentales. El jurista alemán señala lo que les es común y lo que los diferencia. Los principios, al igual que los valores, colisionan, requieren ser ponderados entre sí y se realizan o cumplen en forma gradual.[81] Pese a su estructura isomórfica, los principios y los valores corresponden a diversos ámbitos o grupos de conceptos. Siguiendo a Von Wright, Alexy divide los conceptos prácticos en conceptos deontológicos —p. ej., orden, prohibición, permisión o derecho a algo—, conceptos axiológicos —p. ej. bueno o malo— y conceptos antropológicos —p. ej., intereses, necesidades—.[82]

> (E)s posible constatar la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. El cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico.[83]

En relación con el concepto de valor, Alexy anota que este es usado en diversos sentidos. Es necesario, por tanto, tener presente que hace una diferencia decir o afirmar que algo *tiene* valor o que *es* un valor. Quien afirma lo primero, expresa un juicio de valor, el cual a su vez puede tener un carácter clasificatorio, comparativo o métrico.[84] Quien afirma lo segundo, usa

---

81 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 138.

82 *Ibidem,* p. 139.

83 *Ibidem,* pp. 140-141.

84 "Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo *tiene* un valor. Pero, ¿qué significa que algo *es* un valor? A una respuesta de esta cuestión conduce la distinción entre objeto y criterio de una valoración"; *ibidem,* p. 143.

la noción de "valor" bien como *objeto* o como *criterio de una valoración*. Como objeto de una valoración pueden entrar muy diversas cosas en juego, como por ejemplo objetos, artefactos, acontecimientos o situaciones. Como criterios de una valoración cuentan diversos valores. Lo importante radica únicamente tener en claro que "no son los objetos sino los *criterios de valoración* los que tienen que ser designados como «valor»".[85] Dado que los objetos de una valoración pueden ser evaluados según diversos criterios de valoración (valores) y que dichos criterios corrientemente colisionan, ellos exigen ser puestos en relación de forma que se arribe a una valoración completa o integral. De otra parte, Alexy advierte que la aplicación de criterios de evaluación, entre los cuales es necesario ponderar, es análoga a la aplicación de principios.

Pese a que la métrica en la solución de colisiones entre derechos fundamentales o entre derechos individuales y bienes colectivos no se descarta, Alexy anota que son los juicios de valor comparativo los que tienen la mayor significación en el derecho constitucional. La relación entre juicios de valor comparativos y criterios de valoración determina la relación entre principio y valor. Así, según el criterio de valoración de la libertad de prensa, un estado de cosas Z_1 puede ser mejor que un estado de cosas Z_2, pero a la luz del criterio de valoración de la seguridad externa, Z_2 podría ser mejor que Z_1. "Pero, esto significa que una situación que, según el criterio de valoración de la libertad de prensa, es mejor o es la mejor solo lo es *prima facie*. Cuál sea la situación definitivamente mejor o la mejor es algo que solo puede decidirse como resultado de una valoración total en la que son tomados en cuenta todos los criterios vigentes de valoración".[86]

Contra la teoría principialista y valorativa de los derechos fundamentales se elevan generalmente objeciones filosóficas, metodológicas y dogmáticas. Aquí solo interesan las objeciones filosóficas. Estas se relacionan principalmente con el debate sobre la objetividad del orden de los valores. Habermas, como otros autores, rechaza la teoría del "orden objetivo de valores",

[85] *Ibidem,* p. 144.

[86] *Ibidem,* pp. 146-147.

acogida por el Tribunal Constitucional alemán en varias de sus sentencias, debido a que ella reposa sobre supuestos ontológicos muy fuertes e infundados. Por otra parte, la teoría del orden objetivo de valores tiende a asociarse con la ontología intuicionista de los valores formulada por Max Scheler. La existencia (moral) de valores, no solo su validez, es presupuesta en la teoría de los valores de Scheler. Esto posibilita que la oración "A es bueno" sea verdadera porque corresponde con el hecho moral según el cual A es bueno. El conocimiento de valores, en contraposición al conocimiento de hechos empíricos, tiene lugar mediante una experiencia vivencial; pero su carácter es diferente al propio del conocimiento empírico o analítico. Diversas personas experimentan diferentes experiencias vivenciales sobre uno y el mismo objeto. Puesto que no disponemos de un criterio definitivo para conocer cuáles evidencias son verdaderas y cuáles falsas, cuáles auténticas y cuáles no, la teoría de los valores de Scheler conduce al subjetivismo.

Para Alexy, esta objeción contra la teoría intuicionista de los valores de Scheler es justificada. Para el primero, sin embargo, esto no conlleva el rechazo de toda teoría de los valores. En su concepto, la teoría del orden objetivo de valores acogida por el *Bundesverfassungsgericht* puede ser defendida si se entiende por valores no tanto objetos, que existen, sino criterios de valoración, "que, como las normas en general, valen o no valen".[87] La validez de los valores como criterios de valoración, y las valoraciones que se derivan de dichos criterios, son objetos de valoración, no de algún tipo de evidencias. La fundamentación de la validez de los valores depende en últimas del tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética (moral). Alexy está convencido de que basta una teoría de los valores, débil y depurada de supuestos ontológicos y epistemológicos, para aceptar la compatibilidad estructural entre normas (principios) y valores, y sobre esa base construir una teoría de los derechos fundamentales que sea moderna y democrática.

Una cuestión resta aún por resolver: ¿por qué la validez de una norma debe ser binaria y no gradual? En contra del sentido

[87] *Ibidem*, p. 151.

de la validez de las normas postulado por Habermas puede sostenerse que Habermas parece entender por normas únicamente reglas, pero no principios. Si las normas pueden adoptar tanto la forma de reglas como la forma de principios, entonces la validez de las normas podría ser o bien binaria o bien gradual. También en el caso de la validez gradual es posible hablar de juicios de valor o actuaciones que sean correctas o erróneas. En lo que sigue profundizaremos estas cuestiones desde la perspectiva analítica.

3.3. La perspectiva analítica

La perspectiva analítica se caracteriza por distinguir claramente los elementos constitutivos de un fenómeno o estado de cosas, sea fáctico o normativo, para luego describir las relaciones existentes entre dichos elementos. Para el objeto de estudio, las concepciones de los derechos fundamentales, es importante caracterizar los extremos de las concepciones deontológica y teleológica, así como posibles posiciones intermedias entre ellas en el plano constitucional y desde un punto de vista filosófico.

3.3.1. Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista constitucional

A nivel constitucional es necesario distinguir entre una concepción estrictamente deontológica y una no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. Esto porque las consecuencias de asumir una u otra postura son extensas a la hora de postular una teoría de los derechos fundamentales, la cual abarca su definición, estructura, contenidos, alcance y límites.

3.3.1.1. La concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales y el modelo liberal

Habermas defiende un entendimiento estrictamente deontológico de los derechos fundamentales, que está acorde con su concepción liberal de los derechos y su cognitivismo epistémico.

Para él los derechos fundamentales tienen precedencia absoluta sobre otros fines o bienes políticos. Tener un derecho fundamental, significa para él que el Estado y los demás particulares están jurídicamente impedidos para interferir en la esfera de libertad del individuo. De esta forma los derechos fundamentales fungen de *constraints* a la acción de otros, esto es, como limitaciones para terceros, de forma que las libertades del individuo sean garantizadas.

Según este enfoque, los derechos fundamentales son garantizados mediante normas con validez universal y estructura binaria. A diferencia de los valores, las normas valen para todos y frente a todos; los valores, por su parte, solo tienen validez en el contexto de una cultura concreta. Las normas tienen mayor legitimidad que los valores precisamente porque las primeras vinculan a todos, mientras los segundos solo valen para grupos sociales concretos, lo cual conlleva el problema de la exclusión de otras personas o grupos sociales.

La concepción deontológica de los derechos fundamentales la conecta Habermas con una característica estructural de las normas, a saber, con su estructura binaria. Las normas permiten o prohíben acciones. Ellas son observadas o no. Si esperan ser efectivas, las normas requieren tener una estructura que posibilite un sencillo y claro entendimiento de forma que puedan ser obedecidas. La prohibición de una conducta, por ejemplo, solo es observada cuando el destinatario de la norma prescinde totalmente de realizar la acción prohibida, no así cuando ejecuta parcialmente la acción, como sucede con la satisfacción de valores. Según Habermas, los derechos fundamentales solo pueden ser efectivamente garantizados si son regulados mediante normas que ordenen o prohíban acciones, de forma que la esfera de libertad del titular del derecho pueda ser protegida.

Habermas probablemente disentiría, por ejemplo, de una decisión de la Corte Constitucional colombiana que para resolver un caso ponderó entre el principio democrático y los derechos sociales fundamentales,[88] dado que Habermas rechaza toda pon-

[88] La ley de Presupuesto en Colombia para el año 2003 no apropió recursos para aumentar los salarios a los servidores públicos, a pesar de que la

deración entre derechos fundamentales. En el caso decidido la Corte otorgó la razón al demandante que cuestionó la constitucionalidad de una ley que no reconoció el poder adquisitivo del salario para empleados de inferiores ingresos, y limitó el principio democrático para proteger el derecho social fundamental de reajuste pleno del salario para el grupo desfavorecido de trabajadores, no reconociendo igual derecho para empleados de mayores ingresos. Las alterntativas que tenía la Corte Constitucional en este caso eran ambas subóptimas: o reconocer a todos los empleados públicos el reajuste anual del salario por inflación, lo que no sería financiable a largo plazo, o no reconocer derecho social alguno a los empleados y observar plenamente el principio democrático. Luego de una ponderación entre el principio democrático y los derechos fundamentales a mantener el poder adquisitivo del salario, la Corte maximizó ambos principios sin sacrificar ninguno. Los mejores argumentos hablan a favor de esta solución, la cual, no obstante, es incompatible con una concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales.

---

inflación del año 2002 alcanzó el 6% respecto del costo de vida del año inmediatamente anterior, perdiendo los asalariados dicho porcentaje de poder adquisitivo de sus ingresos laborales. Según jurisprudencia constitucional reiterada, el artículo 53 de la Constitución garantiza los servidores del Estado —funcionarios públicos y trabajadores oficiales— el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de sus salarios. Un ciudadano mediante una acción de inconstitucionalidad demandó la mencionada Ley de Presupuesto por violar, entre otras normas, el artículo 53 de la Constitución. La Corte Constitucional al resolver el caso mediante el control abstracto de normas le otorgó parcialmente razón al demandante. Consideró que el legislador ha debido diferenciar entre los servidores públicos de bajos y altos ingresos. Los primeros —sostuvo la Corte— son titulares de un derecho social fundamental al mantenimiento del poder adquisitivo de sus salarios en el porcentaje de la inflación para el año 2002, mientras los segundos tienen derecho solo a la mitad de dicho reajuste. Tres magistrados se separaron de la decisión. En su opinión disidente consideraron que la totalidad de los servidores públicos ha debido recibir el reajuste completo de su salario para 2003. Sostuvieron de los magistrados disidentes como argumento principal que los derechos fundamentales no son susceptibles de ponderación y no pueden ser restringidos o limitados en sus alcances por cláusulas no escritas, si es que se quiere efectivamente garantizarlos.

3.3.1.2. La concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales y el modelo progresivo

En contraste con Habermas, Alexy defiende una concepción que puede denominarse no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. Esta no solo incluye derechos liberales, sino también derechos sociales fundamentales. Los derechos fundamentales son en la concepción de Alexy —al igual que en Habermas— igualmente garantizados mediante normas. Estas pueden adoptar, no obstante, la forma de reglas o de principios. Si los derechos fundamentales son entendidos como principios, en el sentido de máximas de optimización, no pierden su carácter deontológico. En su calidad de principios son asegurados mediante mandatos, en este caso, mandatos de optimización. Tales mandatos son realizados gradualmente. Se trata aquí de un modelo progresivo de los derechos que busca su realización en la práctica. Esta concepción dinámica de los derechos fundamentales como mandatos de optimización de ninguna manera impide el establecimiento de vulneraciones a los derechos fundamentales. Estos pueden perfectamente ser protegidos judicialmente con base en criterios objetivos, sin que con ello pierdan fuerza normativa o se relativicen ante otros bienes o fines colectivos.

El respeto de una norma protectora de derechos fundamentales no se excluye si las normas dejan de concebirse con una "estructura binaria". La satisfacción o realización gradual de una norma de derechos fundamentales puede determinarse racionalmente. El acceso epistémico para determinar la observacia o inobservacia de normas concebidas para proteger derechos fundamentales no se garantiza solamente si se reconoce a los enunciados normativos el sentido veritativo análogo al de los enunciados asertóricos. Es posible establecer en forma razonable si derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización, han sido efectivamente satisfechos en las circunstancias concretas de un caso.

Una concepción no estrictamente deontológica es más ventajosa que una estrictamente deontológica, ya que hace justicia al carácter realizativo de los derechos fundamentales, lo que no sucede con la segunda concepción. La estirpe liberal de la com-

prensión habermasiana de los derechos fundamentales como *side constraints* está más acode con un estado de derecho, mientras que la comprensión de los mismos como posiciones iusfundamentales a realizarse, según las circunstancias del caso, se adecúa más al estado social de derecho. Los mandatos de optimización garantizan que los derechos fundamentales puedan realizarse sobre una base realista en las circunstancias concretas del caso. Para la determinación de la observacia o inobservación de tales mandatos el principio de proporcionalidad cumple un papel central.

En relación con el caso resuelto por la Corte Constitucional colombiana, antes referido, es posible afirmar que la solución fue en efecto correcta a la luz de una concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales. La diferenciación entre empleados de bajos ingresos salariales y empleados de altos ingresos salariales de cara al aseguramiento de la pretensión de un reajuste salarial ante el nivel inflacionario que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del dinero, puede fundamentarse con buenos argumentos. Desde una perspectiva realista, la cual atiende a la situación económica y financiera de la nación —déficit presupuesto inflación, deigualdad, inequidad en el ingreso, etc.—, debe optimizarse la garantía del derecho social fundamental a un reajuste salarial, en tanto y en cuanto tal derecho abarca diversidad de pretensiones. Otras soluciones diferentes al caso en mención habrían conducido a resultados subóptimos y no son por ello defendibles. La garantía general del derecho al reajuste salarial para todos los empleados con indiferencia de su nivel salarial representaría a mediano o largo plazo la quiebra de las finanzas del Estado; el no reconocimiento de tal derecho a ninguno de los empleados afectaría a los empleados de menores ingresos en forma desproporcionada y empeoraría aún más su posición en la sociedad, lo cual ciertamente no es compatible con una Constitución que ha acogido el estado social de derecho como uno de sus principios fundamentales.[89]

[89] Desarrollos adicionales a la teoría de los principios se encuentran en Alexy, Robert, "Die Gewichtsformel", en Jickeli, Joachim; Kreutz, Peter y Dieter, Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein,* Berlín, De Gruyter Recht, 2003, pp. 771-792.

3.3.2. Concepciones de derechos fundamentales desde el punto de vista de la filosofía analítica del derecho

Diversos autores adoptan una concepción no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales o de los derechos humanos.[90] Este tema se conecta con investigaciones contemporáneas en los ámbitos de la filosofía política y moral sobre la correcta interpretación de autores como Aristóteles, Kant, Bentham y Mill.[91] Una respuesta satisfactoria a la cuestión sobre el modelo más adecuado de derechos fundamentales exige una clarificación suficiente de la relación entre normas —lo debido— y valores —lo bueno—, así como entre las dimensiones deontológicas y teleológicas-axiológicas en el discurso práctico. En este lugar, debido a las limitaciones de espacio, solo abordaremos el tema a partir de un punto de vista iusfilosófico.

Según Andrew Halpin, en su libro *Rights and Law. Analysis and Theory,* la diferenciación entre concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos en la filosofía moral no es clara. Así,

---

90 Véase McCloskey, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 121-136; R. G. Frey (ed.), "Act-Utilitarism, Consequentialism, and Moral Rights", en *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 61-86; Sen, Amartya, "Rights as Goals", en Guest, Stephen y Milne, Alan, (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice,* Stuttgart, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1985, pp. 11-25.

91 Patzig, Günther, "Die Begründbarkeit moralischer Forderungen", en *Gesamte Schriften I, Groundlagen der Ethik,* Göttingen, Wallstein Verlag Göttingen, 1994; Annas, Julia, "Aristotle and Kant on Morality and Practical Reasoning", en Engstrom, Stephen y Whiting, Jennifer (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 237-257; Korsgaard, Christine, "From Duty and the Sake of the Noble: Kant and Aristotle on Morally Good Action", en Engstrom Stephen y Whiting, Jennifer (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 203-236; Cummiskey, David, *Kantian Consequentialism,* Oxford, Oxford University Press, 1996; Lafont, Ch., *Realismus und Konstruktivismus in der Kantischen Moralphilosophie,* Berlín, DZPhil, 50, (2002) 1, pp. 39-52; O'Neill, Onora, "Four models of practical reasoning", en *Bounds of Justice,* Cambridge, UK *et al.,* Cambridge University Press, 2000; Ch. Taylor, Ethics and Ontology, en *The Journal of Philosophy,* 100, vol. 6, 2003, pp. 305-320.

Rawls denomina de teleológica, por ejemplo, la visión utilitarista en la ética, y explica que una concepción deontológica debe ser entendida como no teleológica.[92] La diferencia entre esas dos perspectivas remite según Rawls, a dos conceptos fundamentales de la ética, lo correcto y lo bueno *(the right and the good)*. La concepción teleológica remite a lo bueno y busca maximizar tal posición, de forma que todo, lo que lleve a la realización de lo bueno, es correcto. En contraste, la concepción deontológica define lo correcto con independencia del hecho, de que lo bueno sea maximizado o no.

Andrew Halpin pone en duda con buenas razones la estricta separación entre ambas concepciones. Analiza los elementos constitutivos del lenguaje deontológico y teleológico, encontrando que entre dicho elementos no existen relaciones necesarias. Para Halpin dichos elementos remiten:

(i) al rol que juegan las consecuencias en la valoración moral;
(ii) a la relación entre lo correcto y lo bueno, y
(iii) a la maximización del bien.

De su investigación se concluye que una concepción deontológica de los derechos puede ser sensible a las consecuencias de una acción o decisión, sin que ello haga lo correcto dependiente de lo bueno ni se relativice lo correcto. En contraste, una concepción teleológica puede respetar las reglas sin que esto elimine el contenido deontológico de los derechos, al igual que lo sostienen los defensores bien del utilitarismo de acto[93] o del utilitarismo de regla.[94]

1. Los enfoques deontológicos y teleológicos en la ética tienen como objeto de análisis las consecuencias de la ac-

92 Halpin, Andrew, *Rights and Law. Analysis and Theory,* Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 217.

93 McCloskey, H. J., *op. cit*., p. 128; Frey, R. G. (ed.), "Act-Utilitarism, Consequentialism, and Moral Rights, en *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985, pp. 79 y ss.

94 Hooker, Brad, "Rule-Consequentialism", en LaFollette, H. (ed.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory,* Oxford, UK, Blackwell Publ. Ltd, 2000, pp. 183-204.

ción humana.[95] El propio Kant, quien es presentado como el defensor por antonomasia de un deontologismo fuerte y para quien la acción moral se determina con independencia de las consecuencias de la acción, aceptaría que el agente moral no deriva sus deberes morales con independencia de las posibles consecuencias que se deriven de ello: "Kant may have rejected a role for the self-interested consequences of the agent, but that is not to reject a role for all consequences".[96]

2. Halpin anota además que la precedencia de lo correcto sobre lo bueno no debe ser interpretada en el sentido de que la acción moral sea determinable según criterios morales sin relación alguna con lo bueno. Por el contrario, el autor inglés defiende una concepción de lo correcto como factor de ponderación que permite elegir una concepción adecuada del bien entre diversas concepciones de lo bueno: "(T)he question is on what basis the right can determinate a particular balance to be appropriate. We can in fact see this sort of balancing function being performed in the avoidance of excess from among a variety of goods [...]".[97] El entendimiento de lo correcto como factor de ponderación se acerca a y es compatible con la definición que Robert Alexy nos ofrece de los derechos fundamentales como posiciones iusfundamentales que deben ser ponderadas. Los derechos fundamentales, al igual que otros ejemplos de lo correcto, deben en la práctica ser sopesados o ponderados con otros derechos fundamentales o principios de igual jerarquía.
3. La diferenciación entre los enfoques deontológicos y teleológicos en la ética se relaciona además con el tema de la maximización del bien. Según Halpin, la idea de deducir lo correcto a partir de la maximización del bien es de suyo autoevidente. Como lo ha indicado Rawls, este entendimiento de lo correcto corresponde con nuestras

95 Halpin, Andrew, *op. cit.,* p. 217.

96 *Ibidem,* p. 220.

97 *Ibidem,* p. 222.

> intuiciones.[98] No obstante, la clarificación de este aspecto se enfrenta a grandes dificultades que en este lugar no pueden ser abordadas. Ellas tienen que ver con el hecho de que existen diversas concepciones —monistas y pluralistas— de lo deontológico y lo teleológico, las cuales llevan a distintas teorías éticas y morales. Importante es dejar en claro que cuando lo bueno ha sido identificado no existe razón alguna para dudar que lo correcto sea la maximización de dicho bien.

De los aspectos 2 y 3 Halpin deduce que es cuestionable seguir sosteniendo —como lo hace Rawls— una distinción entre lo correcto y lo bueno en términos de la prioridad del primero sobre el segundo, o viceversa:

> There are not grounds for drawing out the distinction in terms of a priority taken by the right over the good, as Rawls does, because such a priority proves untenable on either side. What we are left is the possibility of finding a different form for the conjunction of the right and the good: in a balancing of conflicting goods, or within a grand synthesising conception of the good.[99]

La clarificación filosófico-conceptual de las concepciones deontológicas y teleológicas habla a favor de un entendimiento de los derechos fundamentales como máximas de optimización,[100] llamadas a realizarse según las posibilidades fácticas y jurídicas dadas. El modelo más adecuado de derechos fundamentales es uno que rechaza la estricta separación entre lo correcto y lo bueno; que se mantiene sensible a las consecuencias de la decisión a la hora de ponderar los derechos fundamentales en colisión; y que no ofrenda el contenido deontológico de los derechos en el altar de un cierto consecuencialismo ético. Como lo advierte Amartya Sen:

---

98 *Ibidem,* p. 224.

99 *Ibidem,* p. 226.

100 Véase al respecto Alexy, Robert, "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris*, 13, 2000, pp. 294 y ss.; del mismo autor, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales..., cit.,* p. 13.

> But there is a difference between action being *sensitive* to the goodness of states of affairs and such judgements being *exclusively tied* to that goodness. To give substantive content to the inclusion of right(s)-realization among goals, sensitivity is undoubtedly needed, but not an exclusive tie-up. Consequentialism is, in fact, a separate issue altogether.[101]

Desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho, los derechos fundamentales no son concebibles exclusivamente como restricciones a la acción *(side constraints)* al estilo de los derechos de libertad, sino como mandatos de optimización. Un modelo progresivo de los derechos, que los concibe como máximas que deben ser realizadas en la mayor medida de los posible, según las circunstancias fácticas y normativas, es más adecuado que el modelo liberal clásico privilegiado por Habermas en el marco de un estado constitucional, social y democrático de derecho.

3.4. Conclusiones

Las preguntas constitucionales dependen para su solución de la resolución de preguntas aún más generales que involucran aspectos iusfilosóficos. Esto es especialmente cierto tratándose de derechos fundamentales. La discusión sobre la concepción deontológica o teleológica de los derechos fundamentales está igualmente ligada a problemas propios de la filosofía moral y política. Es por esto que una respuesta sencilla y definitiva al primer interrogante no es de esperarse de buenas a primeras.

Pese a lo anterior, es posible sostener desde la perspectiva de la filosofía analítica del derecho que ninguna teoría estricta —bien sea deontológica o teleológica— de los derechos fundamentales es adecuada para responder a los desafíos y a las expectativas que plantea un estado constitucional, social y democráctico de derecho.

La prolongada y compleja discusión entre Putnam y Habermas en torno a la relación existente entre valores y normas mues-

[101] Sen, Amartya, "Rights as Goals"..., *cit.*, p. 17.

tra que ella no puede simplemente trasladarse de manera directa al ámbito de la filosofía del derecho y a la teoría de los derechos fundamentales. En especial esto no debería hacerse cuando Habermas entiende por normas, las normas morales o de validez universal, no las normas del derecho positivo. Algo que sí queda claro, luego de repasar el debate filosófico, consiste en que la garantía de los derechos fundamentales no se logra precisamente gracias a la "estructura binaria" presupuesta por Habermas. Tal garantía solo puede asegurarse o, por lo menos, perseguirse, entre otras, mediante la reconstrucción de un proceso racional que elimine resultados subóptimos en la determinación y ponderación de los derechos fundamentales.

La prueba de cuál teoría es más adecuada —la concepción estrictamente deontológica de los derechos fundamentales defendida por Habermas o la concepción no estrictamente deontológica que concibe los derechos fundamentales como mandatos de optimización— a la luz de la resolución del caso colombiano, relativo al aumento del salario, ha mostrado que solo esta última alternativa es plausible. Tal conclusión habla a favor de una concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas que pueden ser objeto de ponderación, las cuales no tienen un carácter absoluto o universal, sino que deben entenderse racionalmente como posiciones que se realizan dependiendo de las condiciones fácticas y normativas existentes.

A la luz de la filosofía analítica del derecho, la objeción de Habermas a la concepción alexiana de los derechos fundamentales se revela como infundada. Por otra parte, la literatura revisada respalda una concepción de los mismos como mandatos de optimización. Esta se muestra como la concepción de los derechos fundamentales más adecuada en el contexto de un estado constitucional, democrático y social de derecho.

4. Derechos y fines políticos*

4.1. Introducción

Recientemente se modificó el corazón del modelo económico constitucional para introducir un incidente fiscal y conciliar el reconocimiento judicial de derechos con la estabilidad económica del Estado. En otro frente, el fracasado pero aún no sepultado proyecto que reforma la ley 30 de 1992 define la educación superior como "un derecho, un bien público meritorio y un servicio público". Ambos casos son ejemplo de la difícil relación existente entre derechos y fines políticos. A continuación pretendo examinar algunos criterios para diferenciar ambos términos, criterios que permiten clarificar sus posibles relaciones y formular una teoría político-constitucional acorde con los postulados de la Constitución de 1991. La clarificación de estos términos y de sus relaciones es también primordial a la hora de evaluar políticas públicas para la realización de los derechos sociales. La tesis que deseo defender es que tanto en la reforma al artículo 334 de la Constitución, en la reforma a la educación superior y en la ejecución de las políticas públicas para la atención de la población desplazada se comenten errores conceptuales con graves implicaciones para la justicia y la democracia.

La falta de claridad sobre la distinción entre derechos y fines políticos amenaza con destruir el corazón del constitucionalismo democrático desarrollado a partir de la Constitución de 1991.

* Este trabajo se incluye en la *Revista Jurídicas,* Universidad de Caldas, Derecho y Política (ed. Monográfica), vol. 9, núm. 1, 2012, pp. 14-31.

La defensa de los derechos fundamentales como verdaderos límites al poder dispositivo del Estado tambalea ante los difusos límites entre derechos y fines u objetivos políticos. Tal confusión conceptual y teórica alimenta la pérdida de legitimidad del Estado. Las reformas constitucional y legal mencionadas, así como la errática ejecución de la política pública de atención a los desplazados desconocen o devalúan el estatus constitucional de los derechos, igualándolos a directrices políticas que se someten a las reglas del mercado. Lamentablemente la Corte Constitucional no ha advertido este desarrollo negativo, lo que se hace manifiesto en la sentencia que convalidó la reforma constitucional el artículo 334 de la Constitución.[102]

A nivel teórico, el país camina por una senda donde intereses colectivos bajo el ropaje de fines políticos, adquieren un peso

[102] Sentencia C-288 de 2012. En su sentencia la Corte se esfuerza en compatibilizar la reforma constitucional con la teoría política de los derechos desarrollada por ella misma en la jurisprudencia. Sostiene: "Por otra parte, la Corte resaltó que el criterio de sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos. Observó que el principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales que la jurisprudencia de esta Corporación ha analizado, en especial, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo prescribe el artículo 93 de la Constitución. En ese sentido, el Acto Legislativo 3 de 2011 no plantea un principio de regresividad de naturaleza diferente, sino que debe entenderse a partir de las reglas que la Corte ha fijado sobre la materia, al definir su contenido y alcance, de tal manera que la sostenibilidad fiscal no puede convertirse en un instrumento para negar la protección efectiva de los derechos constitucionales, aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales o garantizar la faceta prestacional que tienen todos los derechos consagrados en la Carta política. A juicio de la Corte, el parágrafo adicionado al artículo 334 de la Constitución, según el cual, la aplicación de la sostenibilidad fiscal debe ser compatible con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, debe leerse de manera armónica con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar la *iusfundamentalidad* de una posición jurídica particular. Por ende, debe rechazarse, por ser contraria a la Constitución, una interpretación de la prohibición del menoscabo de tales derechos basada en la distinción, ya superada, entre derechos fundamentales de la primera generación y derechos sociales, económicos y culturales, de la segunda generación, de manera que la sostenibilidad fiscal tenga por objeto aplazar o restringir el alcance de los derechos sociales, en oposición a los derechos fundamentales".

constitucional superior al de los derechos constitucionales. Antes de la reforma, quien veía reconocido un derecho por los jueces en última instancia tenía la garantía de gozar de su derecho. Luego de la reforma constitucional de 2011 tal garantía es incierta. Es posible que el cumplimiento de una sentencia que reconoce un derecho se vea diferido por razones económicas. El fin general del equilibrio fiscal termina así por imponerse sobre al goce efectivo del derecho del ciudadano. Tal es la consecuencia del incidente fiscal introducido en la reforma al artículo 334 de la Constitución. La anterior evolución no solo atenta contra derechos particulares. También afecta la ejecución y el control de las políticas públicas que buscan realizar derechos. Los avances teóricos respecto al control de la ejecución de políticas públicas —la aplicación del principio de proporcionalidad a actuaciones defectuosas u omisivas del Estado— son opacados por el imperativo del equilibrio fiscal. En la misma dirección se mueve la intención del gobierno de entregar la educación superior al mercado cuando la concibe como bien público meritorio, lo que se contradice con el estatus de derecho constitucional y de servicio público.

Para ilustrar la errática evolución del constitucionalismo en el actual periodo presidencial quisiera clarificar conceptos jurídicos centrales a la discusión, luego evaluar casos concretos que evidencian los retrocesos y, finalmente, ofrecer algunos elementos para rectificar el curso.

4.2. Derechos y fines políticos

Ronald Dworkin introdujo en tiempo de la guerra de Vietnam la ilustrativa distinción entre derechos y fines políticos. Los derechos son cartas de triunfo en manos de los individuos contra fines colectivos. "Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer" [...].[103] Mientras los derechos se basan en argumentos de principio, los fines u objetivos colectivos se basan en argumentos políticos.[104]

[103] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

[104] *Ibidem,* p. 158.

4.2.1. Argumentos de principio y argumentos políticos

La distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos es una distinción fundamental en la teoría política. Para Dworkin:

> Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectica de la comunidad en cuanto un todo. El argumento a favor del subsidio a los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o colectivo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [...] y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.[105]

Para una teoría política que se tome en serio la tesis de que las personas tienen derechos, la distinción entre argumentos de principio y argumentos políticos, es constitutiva. Si bien ambos tipos de argumentos, de principio o políticos, son finalidades políticas y tienen carácter distributivo,[106] dicho carácter es en cada caso diferente. Bien podría decirse que los derechos tienen un carácter distributivo deontológico mientras los fines u objetivos políticos un carácter distributivo teleológico.

> Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esta decisión política no se sirva a ningún objetivo político, o incluso cuando se lo perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva a algún otro objetivo político, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas.[107]

Para decirlo sintéticamente, un individuo tiene un derecho con indiferencia o con exclusión del efecto sobre otros objetivos políticos. Una persona tiene derecho a no ser discriminada por

105 *Ibidem,* p. 148.

106 *Ibidem,* p. 158.

107 *Ibidem,* p. 159.

el color de su piel en el mercado de trabajo, así la discriminación racial en el libre mercado, tal y como son las preferencias de la población en una determinada sociedad, lleve a un beneficio mayor para la colectividad.

Por su parte, los objetivos colectivos, así Dworkin, "estimulan los intercambios de beneficios y cargas en el seno de la comunidad, con el fin de producir algún beneficio global para esta en su totalidad. La eficiencia económica es un objetivo colectivo: requiere una distribución tal de oportunidades y riesgos que produzca la mayor acumulación de beneficios económicos definidos de alguna manera [...]. Por cierto, cualquier objetivo colectivo ha de sugerir una distribución determinada, dados ciertos hechos determinados. Tomar como objetivo la eficiencia económica llevará a que en algunas circunstancias se exima de impuestos a una industria determinada, pero en otros se la grave con impuestos punitivos [...]. En cada caso, los principios distributivos se subordinan a alguna concepción del bien colectivo acumulativo, de manera que ofrecer a un hombre una cantidad menor de algún beneficio sea algo que se pueda justificar simplemente demostrando que así se llegará a un mayor beneficio general".[108] En este orden de ideas, el fabricante de aviones mencionado más arriba no podría aducir la violación de sus derechos ante la decisión política de subvencionar a los agricultores y no ya a la industria militar.

4.2.2. Fines políticos y derechos: absolutos o relativos

Los fines u objetivos políticos pueden ser absolutos o relativos, según sea la teoría política que se acoja. En una democracia pluralista como la nuestra, los fines u objetivos políticos absolutos —p. ej., la eliminación de la lucha de clases mediante la igualación material de toda la población— no son admisibles. En una democracia pluralista, la comunidad persigue diferentes objetivos políticos al mismo tiempo, por lo que puede poner en peligro un objetivo en beneficio de otro.[109]

[108] *Idem*.

[109] *Ibidem,* p. 160.

Por su parte, los derechos también pueden ser absolutos o relativos. Los derechos son absolutos cuando ningún principio contrario o ninguna finalidad política pueden vencerlos, independientemente de las circunstancias. Una teoría política puede afirmar, por ejemplo, que la libertad de expresión tiene carácter absoluto y, en consecuencia, no reconoce razón alguna para no asegurar tal libertad a cada individuo.[110] Un derecho también puede ser relativo. Como bien lo sostiene Dworkin, "un principio podría tener que ceder ante otro, o incluso ante una política urgente con la cual compite respecto de determinados hechos".[111] Los derechos relativos pueden definirse como finalidades políticas individualizadas que tienen un peso o poder de resistir a otras finalidades políticas, pero no a todas. "De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo [...] Ninguna finalidad política será un derecho a menos que tenga cierto peso frente a los objetivos colectivos en general; a menos, por ejemplo, que sea imposible derrotarla apelando a alguno de los objetivos ordinarios y corrientes de la administración política, sino que haya que recurrir a un objetivo de especial urgencia".[112] En consecuencia, un derecho podrá ser derrotado por argumentos de principio o por objetivos políticos de probada urgencia, no por cualquier objetivo colectivo en general.

4.2.3. Derechos generales e institucionales: abstractos y concretos

Una teoría política acorde con el discurso de los derechos tal y como se ha desarrollado en el siglo xx distingue, además, entre derechos generales —como los derechos básicos en el sentido de Henry Shue[113] o Joel Feinberg[114]— y los derechos instituciona-

110 *Idem*.

111 *Idem*.

112 *Ibidem,* p. 161.

113 Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

114 Feinberg, Joel, *Social Philosophy,* Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1973.

les —bien en la modalidad de constitucionales o legales— que pueden ser abstractos o concretos. No es posible en esta ocasión referirme a los derechos generales y al problema de fundamentación.[115] En cuanto a los derechos concretos podemos afirmar que son finalidades políticas individualizadas y definidas con gran precisión, "de manera que expresan claramente el peso que tienen contra otras finalidades políticas en determinadas ocasiones".[116]

Por su parte, el constitucionalismo democrático contemporáneo sitúa los derechos institucionales[117] —en este caso los derechos constitucionales— en el centro de la organización política y social. Esto significa que define los derechos como finalidades políticas individualizadas que gozan de un peso o fuerza, en principio, mayor al de otros fines u objetivos políticos. La distinción entre derechos institucionales abstractos o concretos es de gran importancia a la hora de resolver colisiones con otros fines u objetivos políticos, como puede ser el interés colectivo de la estabilidad económica. Mientras los derechos abstractos —p. ej., el derecho a la igualdad, a la dignidad o a la libertad de expresión— no indican de qué manera comparar el peso de la finalidad política individualizada con el de otras finalidades políticas en determinadas circunstancias, lo que plantea problemas al resolver un caso, los derechos concretos sí expresan claramente su peso frente a otras finalidades políticas. Por ello los derechos concretos resultan más decisivos que los derechos abstractos a la hora de argumentar a su favor en un caso determinado.[118] Así, mientras no es claro el peso específico del derecho a la información

115 Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente,* México, Fontamara, 2012; *Derechos humanos como límite a la democracia, Análisis de la ley de justicia y paz,* Bogotá, Norma-Ceso-Uniandes, 2008.

116 Dworkin, Ronald*, Los derechos en serio...*, *cit.,* p. 162.

117 Respecto a la distinción entre derechos básicos y derechos institucionales, sostiene Dworkin: "Cualquier teoría correcta distinguirá, por ejemplo, entre los derechos básicos, que son los que proporcionan justificación, proveniente de la sociedad en abstracto, a las decisiones políticas, y los derechos institucionales, que proporcionan a una decisión la justificación de alguna institución política particular y específica". Dworkin, Ronald*, Los derechos en serio...*, *cit.,* p. 161.

118 *Ibidem,* p. 162.

al colisionar con la finalidad política de la seguridad pública, el derecho a acceder a los documentos oficiales es tan claramente concreto que desplaza, en principio, a otros argumentos de principio y a argumentos políticos como la seguridad del Estado para impedir el acceso efectivo a dichos documentos.

Que derechos y fines políticos sean finalidades políticas y tengan un carácter distributivo —aunque diverso— lleva a algunas teorías —como el utilitarismo— a rechazar la distinción entre unos y otros. Tales teorías niegan la diferencia analítica entre razones o argumentos y su fuerza o peso, distinción necesaria para entender los conceptos de principio y de política.[119] El utilitarismo de regla, por ejemplo, "sostiene que un acto es bueno si la aceptación general de una regla que exigiera ese acto mejorase el bienestar general de los miembros de la comunidad".[120] Ejemplo de la convicción según la cual nuestras ideas de actuales sobre el bienestar general reflejan nuestras ideas del derecho individual es la teoría política del padre del análisis económico del derecho, Richard Posner. Para Posner el valor de un recurso para un individuo "se mide por la cantidad de dinero que está dispuesto a pagar por él, de modo que el bienestar de la comunidad llega al máximo cuando cada recurso está en manos de alguien que, de tenerlo, pagaría más que cualquier otro".[121] Contra esta concepción sostiene Dworkin acertadamente que no es neutra, es grata para las teorías políticas que celebran la competencia, pero es menos grata para una teoría igualitaria, porque degrada las pretensiones de los pobres, que están dispuestos a gastar menos porque tienen menos que gastar. Adicionalmente, la teoría política que distingue derechos institucionales y objetivos colectivos, como es el caso de la mayoría de las constituciones contemporáneas, parte del compromiso de los funcionarios con un orden de cosas según el cual los jueces toman sus decisiones en los casos difíciles sin tener en cuenta el influjo de la decisión sobre los objetivos colectivos.[122] El supuesto según el cual los argumentos de principio y los argumentos políticos son reducibles al cálculo

[119] *Ibidem,* p. 164.

[120] *Idem*.

[121] Cit. por Dworkin, *ibidem,* p. 167.

[122] *Ibidem,* p. 164.

económico que maximiza el bienestar —como en Posner y el caso del accidente en la autopista—, desconoce que los jueces deben decidir los casos difíciles confirmando o negando derechos institucionales —jurídicos— concretos. Que los jueces tomen sus decisiones bajo el supuesto de que las personas tienen derechos y no simplemente como consecuencia de que ellas sirvan al mayor beneficio para la mayoría, refleja una teoría política que se construye no sobre el cálculo económico, sino sobre lo que las personas están efectivamente dispuestas a aceptar como justo. Un principio de justicia medular a esta teoría jurídica —como en John Rawls— es el derecho abstracto a la igual consideración y respeto de cada individuo.[123]

Las teorías políticas que niegan la distinción entre argumentos políticos y de principio tampoco están en capacidad de distinguir entre derechos abstractos y concretos. En los primeros es posible aceptar que un fin u objetivo colectivo pueda llegar a tener más peso que un derecho abstracto. Por ejemplo, un juez invoca la seguridad pública o la escasez como fundamento para limitar un derecho abstracto, puede hacerlo apelando a los derechos concurrentes de aquellos cuya seguridad será sacrificada si el derecho abstracto se realiza.[124] Por el contario, en el caso de derechos concretos reconocidos institucionalmente[125] tal limitación, salvo casos extremos de urgencia, no es aceptable porque ello significaría desconocer la existencia de derechos institucionalizados en cabeza de las personas individuales. Los derechos institucionales concretos y jurídicos constituyen reglas constitutivas y regulativas en una democracia donde los ciudadanos tienen derecho a la igual consideración y respeto. Así, recurrir a la seguridad pública o a la escasez para limitar un derecho constitucional a la atención prioritaria a una persona desplazada o un

123 *Ibidem,* p. 168.

124 *Ibidem,* p. 170.

125 Los derechos institucionales pueden serlo gracias a su consagración expresa por el constituyente o el legislador en un texto normativo vinculante, o por su reconocimiento jurisprudencial en los casos concretos. En la segunda hipótesis es inevitable recurrir a la doctrina de los precedentes jurisprudenciales y de su fuerza vinculante si se quiere observar el principio general de igual respeto y consideración de todo individuo que subyace a los órdenes jurídicos democráticos y constitucionales contemporáneos.

derecho legal reconocido al término de un proceso judicial entre las partes, instrumentaliza al individuo en aras de la realización de un objetivo colectivo, lo que es contrario a la teoría política que subyace a la democracia constitucional.

Las anteriores reflexiones teóricas en torno a los derechos y los fines políticos, inspiradas en un autor que llama a tomarse en serio el discurso de los derechos como es Ronald Dworkin, permiten analizar con más detalle algunos casos actuales con miras a sustentar la tesis del grave retroceso constitucional operado en Colombia en los últimos tiempos con respecto al espíritu de la Carta de 1991.

4.3. Gasto público, derechos constitucionales y justicia

Vivimos tiempos de estrés económico. Las perspectivas de crecimiento demográfico, destrucción del medio ambiente, agotamiento de recursos naturales y creciente competencia internacional por productos escasos en la era de la globalización son fenómenos que alimentan la preponderancia de los argumentos políticos sobre la teoría y la práctica de los derechos. La preocupación macroeconómica opaca el garantismo constitucional. Ante la amenaza de crisis fiscal de los estados de bienestar se privatizan servicios públicos como la salud, la educación o la seguridad social en pensiones y aumenta la presión sobre los jueces para que tengan en cuenta objetivos colectivos en sus decisiones, así como sobre los legisladores a la hora de regular normativamente derechos constitucionales de desarrollo progresivo. En este contexto existe el permanente peligro de olvidar o desplazar la teoría política que brinda legitimidad al Estado, esa que construida sobre derechos constitucionales concretos pone a las autoridades públicas al servicio de su realización para todos. A continuación deseo alertar, con base en algunos ejemplos, cómo la teoría de los derechos, abstractos y concretos, institucionales y básicos, viene siendo inadecuadamente interpretada y aplicada en desmedro de la democracia constitucional y la justicia, en particular cuando se trata de resolver colisiones entre derechos y bienes colectivos, así como al ponderar argumentos

políticos *vis a vis* con argumentos de principio, desatendiendo el mayor peso de los últimos respecto de los primeros.

4.3.1. Incidente fiscal

La reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal introduce un cambio en el régimen de la Hacienda Pública que interfiere directamente en las decisiones de los jueces en el reconocimiento de derechos de los ciudadanos. Este cambio tiene que ver con un incidente de impacto fiscal que puede llevar a la variación de sentencias de las altas corporaciones de justicia, sin contar para ello con la aceptación de las personas afectadas en sus derechos judicialmente reconocidos. Dice en la parte pertinente el artículo 334 de la Constitución reformado por Acto Legislativo 5 de 2011:

> El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. || Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.[126]

[126] El texto completo del art. 334 reformado dice: "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público

La prohibición de afectar el "núcleo esencial" de los derechos fundamentales permite deducir, *a contrario sensu,* que la reforma constitucional autoriza la limitación de los derechos fundamentales por razones fiscales mediante la modificación de los efectos de las sentencias judiciales en las que tales derechos ya han sido reconocidos. No es claro si gobierno y legislador fueron conscientes de que con la reforma al artículo 334 de la Constitución se admite una restricción de derechos fundamentales en casos judiciales ya resueltos, lo que va en contravía del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por el Estado colombiano. Esto porque la nueva norma establece una regresión o retroceso del nivel de garantía de los derechos alcanzado hasta el momento.[127] El principio de progresividad en la garantía de los derechos humanos, y la prohibición de regreso que de él se deriva, se desconocen al permitir que el goce efectivo de derechos judicialmente reconocidos se condicione a razones fiscales relativas al estado de las finanzas públicas.[128]

social será prioritario. || El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. || La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. || El procurador general de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. || **Parágrafo.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

127 Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

128 Esto porque el Estado colombiano no demostró en el trámite de la reforma, mediante una argumentación clara y convincente, la imperiosa necesidad

La introducción de un incidente fiscal a nivel constitucional plantea especiales dificultades en el contexto de un estado constitucional, democrático y social de derecho que se caracteriza por tomar en serio la teoría política de los derechos. Esto porque, en principio, argumentos políticos colectivos como la estabilidad en las finanzas públicas podría tener prevalencia sobre argumentos de principio, pese a que la propia reforma se esfuerce en proteger el "núcleo esencial de los derechos fundamentales" o en impedir interpretaciones del artículo constitucional reformado que recorten el alcance de los derechos fundamentales.

A fin de entender el alcance de la reforma es necesario distinguir, por lo menos, tres escenarios diferentes en los que podría modularse una sentencia para acompasar sus efectos con las implicaciones fiscales de la misma. Se excluyen todas las decisiones judiciales que solo afecten posiciones económicas en las relaciones jurídicas entre particulares —justicia ordinaria—, ya que el impacto fiscal solo operaría cuando el Estado es la parte demandada, bien se trate de una relación contractual, extracontractual o de prestación positiva en ejercicio de las funciones constitucionales.

La primera hipótesis sugiere una decisión judicial de última instancia donde el Estado es condenado al pago de una indemnización por incumplimiento contractual. El impacto fiscal de la condena al Estado podría llevar a la solicitud por el gobierno o el procurador para modular los efectos de la decisión, por considerar que de no hacerse se pondría en peligro el equilibro en las finanzas públicas. Cabe preguntarse si el fin político colectivo del equilibrio fiscal podrá prevalecer sobre los derechos definitivos de la parte vencedora en el juicio. Una respuesta afirma-

de retroceder en el nivel de garantía de los derechos hasta ahora alcanzado en el país. El gobierno y el legislativo no mostraron, por ejemplo, como ante las perspectivas de crecimiento económico anual del 5 a 6% del PIB y la disminución del nivel de endeudamiento del país, el reconocimiento de derechos fundamentales por las altas cortes se hace insostenible, más aun cuando otros rubros del presupuesto de gastos públicos —pago de deuda externa, gastos militares— pesan mucho más en el déficit fiscal que el reconocimiento judicial de derechos sociales fundamentales.

tiva es la que resulta de calificar tales derechos como derechos meramente legales que, por carecer de estatus de derechos fundamentales, no quedarían protegidos por la salvaguarda constitucional. No obstante, tal respuesta puede no ser satisfactoria a la luz de los principios de igualdad de las partes contratantes, del debido proceso sustantivo y del derecho de propiedad en su dimensión fundamental. De aceptarse la existencia de posibles derechos fundamentales afectados por la modulación de la decisión judicial condenatoria a favor de la parte demandante, vuelve a plantearse el problema de si argumentos políticos pueden pesar más que los argumentos de principio a la base de los derechos fundamentales. Esta podría ser la solución si se acepta que los derechos a la igualdad contractual, al debido proceso y a la propiedad privada son derechos abstractos cuya afectación como consecuencia de un pago diferido no resulta claramente demostrada. Siendo así las cosas, el gobierno o el procurador podrían demostrar que el núcleo esencial y el alcance de los derechos fundamentales abstractos involucrados en la sentencia que pone término a una controversia contractual, donde el Estado termina siendo condenado, deben acompasarse con las necesidades imperiosas de mantener el equilibrio en las finanzas públicas.

Una segunda hipótesis involucra una decisión judicial de última instancia que condena al Estado al pago de una indemnización al establecerse su responsabilidad extracontractual. Se trata, entre otros casos, de los daños ilegales ocasionados a particulares por actos u omisiones de las autoridades públicas, como cuando una autoridad lesiona a un particular en un accidente o la omisión pública constituye una falla en el servicio que ocasiona la infracción de los derechos de una persona. En esta situación la obligación de reparar la vulneración de los derechos por parte del Estado no emana de una relación de equilibrio o igualdad contractual, sino de una relación jerárquica donde el ciudadano es lesionado en su vida, libertad o propiedad por la actuación u omisión de quienes ostentan autoridad o mando. En este contexto, dos posibles soluciones se ofrecen al conflicto entre argumentos políticos y argumentos de principio: la primera parte de la existencia de derechos fundamentales lesionados por el Estado cuyo resarcimiento o reparación puede dar espera y realizarse en el tiempo

sin carga o exigencia adicional para la parte vencedora del juicio, como cuando el Estado es condenado a pedir perdón por las faltas cometidas por alguno de sus agentes. La segunda solución es más difícil y supone la ponderación entre las razones fiscales como objetivo colectivo y los derechos —fundamentales— concretos a la reparación pecuniaria inmediata. Las mejores razones hablan en contra de la admisibilidad del argumento político en este caso. Diferir el pago de la indemnización pecuniaria por razones de estabilidad fiscal, en particular al término de un proceso judicial prolongado, podría resultar irrazonable para el particular demandante, puesto que el Estado estaría, en principio y salvo casos de urgencia, en la posibilidad de hacer las provisiones necesarias para aplicar al pago en la eventualidad de una condena y, por otra parte, no son claras las razones para otorgar un plazo al Estado para el pago de las acreencias ciertas y determinadas, lo cual desconoce un derecho concreto a la libertad de acción del particular favorecido con la sentencia.

Finalmente, la tercera hipótesis remite a las sentencias que ordenan el cumplimiento de obligaciones constitucionales por parte del Estado, en especial las sentencias de tutela de derechos fundamentales, como consecuencia de sus actuaciones defectuosas u omisivas. El caso más claro involucra la carencia o insuficiencia de la actuación estatal que afecta derechos fundamentales de grupos especialmente protegidos, como cuando el Estado deja de proteger especialmente a personas o grupos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (art. 13-3 de la Constitución). En este último evento, la sentencia judicial de última instancia que ordena la actuación de las autoridades para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales de sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento constitucional no puede, en principio, ser aplazada o modulada en aras de asegurar objetivos colectivos. En la ponderación entre argumentos políticos y argumentos de principio, la hipótesis de la tutela de los derechos fundamentales de sujetos con especial protección constitucional inclina claramente la balanza a favor de estos últimos. No entenderlo así sería instrumentalizar a personas o grupos de personas que requieren de atención inmediata y ponerlos al servicio de objetivos generales con desconocimiento de su dignidad como persona humana.

El incidente de impacto fiscal que adiciona el artículo 334 desconoce, en consecuencia, la diferencia entre derechos e intereses generales —razones políticas o de conveniencia—,[129] en clara contravía a la doctrina constitucional del estado constitucional, democrático y social de derecho. A la luz de la nueva doctrina fiscalista, para la Corte Constitucional no habría sido posible proferir las decisiones sobre "estados de cosas inconstitucionales", en particular en el caso de prisiones o de desplazamiento, tal como ha sido hecho hasta el presente, sin pasar previamente por el examen fiscal de las medidas ordenadas para la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

4.3.2. Atención a la población desplazada

Quizás el tema que mejor refleja la tensión entre políticas públicas y derechos en la jurisprudencia constitucional es el relativo al desplazamiento forzado. Decisiones judiciales de mediados de los años noventa llevaron a la consagración de una política pública de atención a la población víctima del desplazamiento forzado como del conflicto armado mediante la Ley 387 de 1997. No obstante, el reiterado incumplimiento de las autoridades públicas como consecuencia de las falencias en el diseño y ejecución de la política pública condujeron a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional (ECI) en la sentencia T-025 de 2004. En esta decisión la Corte Constitucional hizo un análisis de la respuesta del Estado al desplazamiento forzado; encontró que la violación sistemática de los derechos de las víctimas persistía en el tiempo y dictó órdenes a diversas autoridades públicas con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los afectados, órdenes complementadas luego mediante medidas ordenadas en autos de seguimiento de la sentencia mencionada.

La Corte Constitucional ha erigido el concepto de goce efectivo de derechos (GED) en criterio determinante para evaluar la satisfacción de las obligaciones del Estado para con las personas víctimas del desplazamiento forzado. El seguimiento a las

[129] Sobre la distinción véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio..., cit*.

políticas, programas, propuestas y medidas gubernamentales en desarrollo de las órdenes dictadas en la sentencia T-024 de 2005 ha sido consecuente y consistente por parte de la Corte. Esto se observa en los sucesivos autos que acogen los contenidos del concepto de GED —conjunto de derechos, enfoque diferencial, nivel mínimo de satisfacción, indicadores y participación de los afectados— y en su aplicación al análisis de las políticas públicas de prevención y atención al desplazamiento.

No obstante, el cambio de gobierno acontecido el 7 de agosto de 2010 significó un viraje en cuanto a la dirección, enfoque y determinación del Estado en relación con la implementación de las políticas de desplazamiento y con el reconocimiento de los derechos de las víctimas del conflicto interno. El compás de espera pedido por el gobierno Santos en marzo de 2011 mientras se expedía la nueva normatividad para desarrollar las mencionadas políticas públicas se cumplió con la expedición de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas. El notable esfuerzo legislativo pretende atenerse a los lineamientos fijados por la Corte Constitucional para un correcto ejercicio de la libertad de configuración legislativa en la materia. No obstante, a la luz del criterio de GED son más las preguntas que quedan abiertas luego de la expedición de la ley, que las preguntas con una clara respuesta en el texto de la ley. Es por ello que habrá de esperarse hasta conocer las sentencias que sobre dicha ley profiera la Corte Constitucional en ejercicio de su facultad de control abstracto.

A la luz de los informes presentados por el Gobierno en 2011 es posible afirmar que la violación de los derechos de la población desplazada persiste ante la actuación defectuosa u omisiva de las autoridades públicas. Tal conclusión se deriva de la prevalencia que el Gobierno otorga a la consecución de fines u objetivos colectivos en desmedro de la realización efectiva de los derechos fundamentales de los afectados, por lo menos en lo que respecta a la prevención del desplazamiento,[130] la política de vivienda,[131]

[130] Pérez, L. E. y Botero, J. C., *Guía para la formulación de una política pública de prevención de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario,* Manuscrito, 2011.

[131] Alviar, H.; Hincapié, S. y Maldonado, M. M., *Componente de vivienda*. Documento de partida de formulación de propuestas, manuscrito, 2011.

la política de tierras[132] y la política de estabilización socioeconómica.[133]

El enfoque macroeconómico para la consolidación de la seguridad, para la reactivación económica y para el saneamiento de las finanzas públicas difícilmente se concilia con la protección constitucional a los derechos de personas desventajadas. La Constitución de 1991 ha acogido las acciones afirmativas y la priorización del gasto público social para atender a personas y grupos que por su condición de debilidad manifiesta deben ser protegidos especialmente (art. 13, inc. 3 en conexidad con arts. 1, 2 y 11 de la Constitución). Es a partir de la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas peor situadas que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de goce efectivo de los derechos. Se trata de un criterio para la evaluación del cumplimiento de metas concretas en el desarrollo de la política pública de atención al desplazamiento forzado.[134]

Los principios constitucionales de progresividad y proporcionalidad han permitido precisar, sobre una base objetiva y razonable, el alcance y los límites de las obligaciones del Estado cuyo incumplimiento ha justificado la declaratoria de un ECI para proteger los derechos fundamentales masiva y sistemáticamente vulnerados. En esta tarea la prohibición de insuficiencia u omisión —que hace parte del principio de proporcionalidad como uno de sus subprincipios junto a la prohibición de exce-

---

132 Hernández, M.; Kalmanovitz, P. y Salinas, Y., *Documento de propuestas*, Componente de tierras, manuscrito, 2011.

133 Gaviria, A. y Espinosa, M., *Documento de partida. Grupo de generación de ingresos,* manuscrito, 2011.

134 El GED abarca cinco elementos claramente discernibles: *a)* al conjunto de derechos constitucionales fundamentales del que es titular toda persona en tal situación; *b)* al enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos; *c)* al nivel mínimo de su satisfacción que debe asegurarse, en todo tiempo y circunstancia, para entender satisfechas las obligaciones constitucionales correlativas del Estado; *d)* a indicadores de GED, tanto de resultado como de proceso, y *e)* a la participación activa en la formulación de las políticas públicas. Arango, Rodolfo. *El concepto de goce efectivo de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado*, manuscrito, 2012.

so—[135] cumple un papel de primer orden para el establecimiento del GED de las y los afectados. Esto porque el Estado no solo está obligado a satisfacer los mínimos contenidos del conjunto de derechos reconocido a los desplazados en el orden constitucional e internacional, sino también exige la escogencia de los mejores medios idóneos para garantizar el GED.

4.3.2.1. Educación superior: ¿derecho o bien?

El proyecto de Ley sobre Educación Superior es el mejor ejemplo de la confusión entre derechos y fines políticos, confusión que avanza en el discurso público desde la reforma constitucional sobre el incidente fiscal. Por una parte, el proyecto de ley afirma que la educación es un derecho y un servicio público; por otra, lo define como un bien público meritorio. ¿Es compatible la definición de la educación superior como derecho y como bien público meritorio? ¿Puede ser la educación superior simultáneamente un derecho y un bien? La respuesta a estos interrogantes depende de la teoría política que se adopte y que se adecue mejor al marco constitucional de 1991.

Una primera teoría no distingue entre derechos y bienes públicos. Unos y otros serían reconocidos institucionalmente y asignados a personas o grupos de personas en calidad de titulares. Desde este enfoque, una persona podría ser titular de un derecho o de un bien, según lo decida el constituyente o el legislador. Una ventaja de este enfoque consiste en su realismo. La educación superior sería un derecho —en este caso de desarrollo progresivo, como se califican desde esa teoría los derechos económicos, sociales y culturales— y un bien escaso. La escasez del bien como consecuencia de falta de los recursos económicos necesarios para su garantía justificaría que el acceso al mismo

[135] Clérico, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-174; Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Externado de Colombia, 2011, pp. 385-428.

fuese no ilimitado o general, sino condicionado. Su goce dependería del cumplimiento de ciertas exigencias, en este caso de los méritos académicos. Se trata de una concepción funcional a la distribución y asignación de bienes por vía del mercado y con intervención del Estado mediante subvenciones o becas en una sociedad con grandes restricciones fiscales. El atractivo de esta teoría política, y de la definición propuesta, radica en que los estudiantes con excelencia académica accederían a la financiación completa de sus estudios superiores, mientras que los estudiantes que no alcancen tal nivel solo recibirían créditos blandos para acceder al goce del bien escaso.

Una teoría política contraria a la anterior ve una contradicción insuperable al reconocer en la educación superior, el estatus de derecho y de bien. Los derechos no son bienes sino relaciones. Un derecho presupone una finalidad política basada en argumentos de principio no en argumentos políticos o de conveniencia. Su acceso, por definición, debe ser universal e incondicionado en la medida de que suponga la igual consideración y respeto de todos los potenciales titulares. Esto porque condicionar el acceso al disfrute del derecho al mérito individual, priva a personas en situación de desventaja por razones personales, sociales o económicas del goce efectivo del derecho. Desde este enfoque no es el mercado —con sus leyes de libre competencia y rendimiento personal—, sino la garantía del Estado mediante la dotación diversa y general del servicio público la forma adecuada para institucionalizar y reconocer el derecho.

Las mejores razones hablan a favor de la segunda teoría política. Esta es más adecuada que la teoría compatibilista entre derechos y bienes. No solo porque no confunde entre derechos y fines u objetivos políticos, sino porque el mantener la diferenciación entre argumentos de principio y argumentos políticos posibilita un trato con igual consideración y respeto a todas las personas, sin permitir diferenciaciones en virtud de los fines políticos buscados. Así, por ejemplo, la educación superior es un fin político individualizado cuya distribución debe ser universal, sin que las circunstancias adversas en que se encuentra la persona por ausencia de oportunidades priven del acceso igualitario al goce del derecho. Por el contrario, la concepción de la educación superior en calidad de bien meritorio privilegia el goce de bienes califica-

dos de escasos al mérito en un contexto donde la competencia no es perfecta ni igualitaria. No es aceptable constitucionalmente poner la educación superior al servicio de la productividad y de la competitividad. Esta receta ya se ha aplicado en otros países, entre ellos algunas regiones de la India. Allí la meta educativa es una combinación de complejidad tecnológica, docilidad individual y pensamiento grupal, lo cual tiene efectos negativos en el pensamiento crítico y para la supervivencia de la democracia.[136] El proyecto de ley, al hacer de la educación superior un bien público de mérito, sujeta el goce del derecho a un principio de doble exclusión: no podrán acceder a las instituciones educativas quienes no tengan méritos o, quienes teniéndolos, no paguen el precio por el uso del bien público, el cual no es gratuito. La segunda arista del error se relaciona con la destinación de crecientes inversiones públicas y privadas a instituciones mixtas, sujetas al régimen de derecho privado (art. 37 y siguientes del proyecto), en desmedro de los recursos con destino a la instrucción pública.

En este contexto vale la pena recordar las reflexiones del marqués de Condorcet en 1792 ante la Asamblea Nacional. Para este enciclopedista la instrucción pública gratuita es el medio por excelencia para promover la equidad social, formar ciudadanos libres, iguales, con espíritu democrático, y alcanzar la prosperidad general. "Sin instrucción nacional gratuita en todos los grados, cualquiera que pueda ser el plan que escojáis, obtendréis ignorancia general o desigualdad. Tendréis sabios, filósofos, políticos ilustrados; pero la masa del pueblo conservará los errores, y, en pleno brillo del conocimiento, seréis gobernados por los prejuicios".[137] No en vano países como Francia, Alemania o Japón, conservan una educación pública gratuita de alta calidad que asegura equidad social, ciudadanía democrática y prosperidad general. Gracias a esto es posible su crecimiento económico, no a la inversa.

La educación asegura la reproducción material y cultural de la vida de una sociedad. En un mundo civilizado la educación no

136 Nussbaum, Martha C., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades,* Buenos Aires y Madrid, Katz, 2010, pp. 42-43.

137 Condorcet, Marques de, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, México, FCE, 1997, p. 302.

se restringe a los más favorecidos. Según la Constitución política, la educación es un derecho fundamental, no una mercancía. Que su satisfacción sea mediante el servicio público, prestado por el Estado o por los particulares, no desvirtúa su carácter de derecho. La prestación del servicio resulta costosa. El acceso en condiciones de igualdad y calidad requiere ingentes recursos económicos. Para el caso de familias económicamente acomodadas tal acceso no representa mayor problema. Disponen del dinero para matricularse en universidades privadas. No obstante, para la mayoría de la población colombiana la educación superior es un derecho efímero, en muchos casos inalcanzable. La propuesta oficial invita a los jóvenes sin recursos a endeudarse con los bancos para poder ingresar a la universidad. El Estado les ofrece créditos subsidiados y, en casos de excelencia académica, incluso la condonación de sus deudas. El esquema de mercado y libre competencia con cofinanciación pública condiciona el acceso a la educación al endeudamiento en un contexto de creciente desempleo. Se trata de una propuesta irrazonable que restringe gravemente el derecho fundamental a la educación en condiciones de equidad.

Una sociedad basada en un orden justo debe asegurar educación superior de calidad a toda persona sin recursos económicos. Si bien la Constitución no garantiza la gratuidad de la educación superior, el legislador sí podría consagrarla por razones de equidad a las personas o familias necesitadas. Obligarlas a hipotecar su patrimonio futuro en sociedades de empleo precario e ingreso incierto es irracional. La educación, también la superior, es el principal mecanismo de autonomía personal y colectiva y de búsqueda de equidad.

4.4. Conclusiones

Vivimos épocas de confusión conceptual que nos conducen a retrocesos constitucionales. La distinción entre derechos y fines u objetivos políticos se difumina en el entendimiento economicista de la Constitución. Se evidencia así un empobrecimiento del discurso democrático y de la justicia. Los argumentos de principio, propios de la moralidad de la igual consideración y respeto de

toda persona pierden identidad y se igualan a argumentos políticos en pos de bienes o finalidades colectivas. Esta evolución constituye una seria amenaza a la defensa del constitucionalismo democrático, como bien lo evidencian los casos sobre incidente fiscal, sobre atención a la población desplazada y sobre la educación superior. No obstante el sombrío panorama para la vigencia y prioridad de los derechos sobre otros fines colectivos, la mejor teoría política acorde con el estado constitucional, social y democrático de derecho adoptado en la Constitución de 1991 habla a favor de mantener la distinción entre derechos y fines políticos, entre argumentos de principio y argumentos de conveniencia. No se trata solo de un problema interpretativo sobre la naturaleza o el alcance de los derechos en tiempos de dificultades fiscales. Lo que está en juego es la democracia y la concepción de justicia mismas.

Los jueces constitucionales tienen la tarea primordial de abrir, destaponar, destrabar los canales de información y deliberación democrática de toda la población, para permitir la participación activa y discursiva de todos los miembros de la colectividad política. La academia, por su parte, debe estar vigilante en el análisis de la consistencia, coherencia y validez de las teorías políticas que compiten por el establecimiento de sentido del marco constitucional y legal. Lo que tenemos seguro hoy más que nunca es la vigencia y pertinencia de un ejercicio crítico, fundado y reflexivo de la razón para asegurar los avances del pensamiento filosófico constitucional de forma que podamos precaver los errores del pasado y abrir nuestras posibilidades de nuevos progresos.

5. El concepto de goce efectivo de derechos

5.1. El caso de la población desplazada

El concepto de goce efectivo de derechos (en adelante GED) es de central importancia en la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales. Su clarificación para el caso de la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia es asunto de suma urgencia, puesto que se trata de personas, en su mayoría mujeres y menores de edad que han sido golpeadas duramente por el conflicto armado y, en tal condición, gozan de la especial protección del Estado colombiano. El análisis sobre el contenido y los alcances del concepto se realiza a continuación a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la literatura existente sobre el tema y abarca los siguientes puntos: 1. Origen del concepto; 2. Contenido del concepto; 3. Funciones del concepto; 4. Alcance del concepto en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia.

5.2. Origen del concepto de goce efectivo de derechos

El concepto de GED tiene su origen en el artículo 2 de la Constitución política. Este establece, como uno de los fines esenciales del Estado, garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. La garantía efectiva de los derechos, como deber del Estado, tiene su contrapartida en el goce efectivo de

los mismos por parte de sus titulares. Se trata de dos caras de una misma moneda. Al deber constitucional del Estado de garantizar la efectividad de los derechos corresponde el derecho constitucional al GED por parte de sus titulares.

Con esta idea en mente, el Constituyente de 1991 consagró la acción de tutela. Este es el mecanismo constitucional por excelencia para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en casos de su vulneración o amenaza, tal como establece el artículo 86 de la Constitución. Las órdenes judiciales, que se imparten en caso de verificarse la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales, buscan restablecer inmediatamente al titular en el GED. No de otra forma se entiende que el artículo 27 del decreto 2591 de 1992 (que desarrolla y reglamenta el art. 86 de la Constitución) establezca perentoriamente que el juez de tutela mantiene la competencia "hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de su amenaza".

El lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales ha variado con el tiempo. Se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, donde las obligaciones del Estado se centraban fundamentalmente en abstenerse de violar los derechos y protegerlos contra agresiones de terceros,[138] a un lenguaje más abarcador que el de los derechos de libertad, y que incluye además de estos los derechos a la organización, al procedimiento y a prestaciones públicas positivas,[139] donde las obligaciones del Estado son no solo de abstenerse de violar derechos para garantizar la inmunidad o intangibilidad de la persona, sino de actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas, especialmente a

[138] Feinberg, Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1973; Cranston, Maurice. "Human Rights, Real and SupposedC", en Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967; "Kann es soziale und wirtschaftliche Menschenrechte geben?, en Böckenförde, E. W. y Spaemann, R. (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde,* Stuttgart, s.e., 1987.

[139] Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

aquellas que requieren de una protección especial. Ya no se habla entonces, exclusivamente, de la protección de las libertades básicas por las autoridades públicas, sino del "goce efectivo" de los derechos en general.

El cambio del lenguaje de los derechos, de "la inmunidad de las libertades" al "goce de los derechos", no desconoce las realidades políticas, sociales, económicas y ambientales que condicionan la plena realización de los derechos humanos y fundamentales. Es por esto que el principio de progresividad de los derechos, en cuanto a su contenido prestacional, señala el derrotero normativo a seguir en materia del goce efectivo. Tal principio, contenido entre otros en el PIDESC[140] o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica",[141] exige de esfuerzos crecientes y continuados para realizar en la práctica los mandatos constitucionales que suponen un desarrollo progresivo, como es el caso de la faceta prestacional de todo derecho.[142]

---

140 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Art. 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente,* por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*". (las cursivas son mías)

141 Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Art. 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente la plena efectividad de los derechos* que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". (las cursivas son mías)

142 La Corte Constitucional en sentencia T-595 de 2002, citada en extenso por la sentencia T-025 de 2004, relaciona la progresividad de los derechos prestacionales con el goce efectivo de los mismos de la siguiente manera: "Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, *la progresividad se predica del goce efectivo del derecho* y, por tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del

El cambio en el lenguaje de los derechos a partir de los noventa del siglo xx es reflejo de transformaciones mayores a nivel de la teoría de la justicia, donde la justicia distributiva[143] —en especial la compensatoria en materia de daños e injusticias naturales e históricas— adquiere preponderancia sobre la justicia conmutativa;[144] y, a nivel de la teoría del Estado de derecho, con

mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, *la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas* encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado *con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos.* En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan *medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales,* los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes". (las cursivas son mías).

143 Rawls, John, *Una teoría de la justicia*., 2ª ed., México, FCE, 1995 (orig. 1970); Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, s.e., 1982; Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, s.e., 1983; Sen, Amartya, "Rights as Goals"..., *cit.; Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; *El derecho a no tener hambre,* Estudios de Filosofía y Derecho núm. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Dworkin, Ronald, *Virtud soberana, La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003 (orig. 2000).

144 Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª reimp., México, 1990; Hayek, Friedrich von, *Camino de servidumbre*, San José de Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1986.

el paso del estado democrático de derecho al estado social y democrático de derecho.[145] De la idea de los derechos como naturales y previos al Estado, asociados a las libertades básicas del individuo que permiten el desarrollo de diferentes planes de vida, se ha pasado, en la era de la tecnología, la industrialización y el aumento de los riesgos sociales, a la idea de los derechos como posiciones normativas —negativas y positivas— iusfundamentales, cuyo aseguramiento supone permanentes medidas de distribución económica —en las que no solo son competentes órganos democráticos como el legislador o el ejecutivo, sino también los jueces— y la intervención activa del Estado en diversos ámbitos de la vida social.

En particular, la experiencia ganada en la primera mitad del siglo xx, a partir de modelos económicos y administrativos del *new deal* en Estados Unidos o del estado de bienestar en Europa, ha permitido corregir los errores de un progresismo jurídico que pretendió ir más allá de sus límites, en pos de la realización de la justicia social. El aprendizaje colectivo —gracias a los intentos de institucionalizar una justicia más abarcadora que la mera mano invisible de Adam Smith para corregir los desajustes del mercado o la doctrina del *laissez faire*, *laissez passer*— admite la intervención racional y razonada del Estado en la esfera de los asuntos privados para conciliar los intereses y fines variados de los agentes económicos con principios y valores compartidos por todos y de los cuales depende la legitimidad del ejercicio del poder público.[146] En este contexto, el mecanismo de las acciones afirmativas, para proteger especialmente a personas o grupos de personas en situación objetiva de desventaja, constituye un claro ejemplo del aprendizaje democrático y social que ha dado origen al activismo constitucional de las dos últimas décadas.[147]

---

145 Heller, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985; García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 10ª reimp., Madrid, Alianza, 1996.

146 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

147 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004; Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Qui-

El anterior contexto doctrinario permite entender por qué el lenguaje adoptado por la Constitución de 1991 para referirse a la protección efectiva de los derechos no ha surgido de la nada, como una utopía que de sueño sublime se convierte en pesadilla. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional, desde sus inicios en el año 1992, fue conciente de las transformaciones del Estado y de su papel protagónico a la hora de garantizar el GED de personas en situación de riesgo debidamente demostrada. Recordemos lo sostenido sobre la relación entre Estado particular por la Corte Constitucional en la sentencia T-533 de 1992:

> El estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del estado de derecho, como garantía de la libertad y de la igualdad formales, tiene lugar en el estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.
>
> [...]
>
> El sistema económico en el estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales(...) que dan lugar —cuando se cumplen los requisitos para ello— al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado.
>
> [...]
>
> La Constitución no desconoce que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende directamente de las condiciones materiales de la sociedad y de su adecuada distribución. La

to, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional,* 2ª ed., Madrid, IIJ-UNAM-Trotta, 2011.

progresividad de su reconocimiento lleva a la doctrina a denominarlos "derechos programáticos". Corresponde al legislador determinar la forma de su realización.

No obstante, un significativo avance normativo se ha operado en el manejo de la economía con la introducción, a nivel de la elaboración del Presupuesto Nacional, de los **criterios de necesidades básicas insatisfechas** y de **prioridad del gasto social** para darles cubrimiento. En efecto, el legislador debe respetar los parámetros constitucionales establecidos para una más justa y equitativa redistribución de los recursos económicos y sociales con el objeto de favorecer a los grupos tradicionalmente marginados de los beneficios de la riqueza.

Además de los cambios de la política macroeconómica, el Estado también está obligado a dar respuestas oportunas a situaciones individuales concretas, en las cuales se haga patente la amenaza a la dignidad humana de la persona y se atente contra alguno de sus derechos fundamentales.

Cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (art. 13 de la Constitución política), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación.

Los derechos a la salud (art. 49 de la Constitución política), a la seguridad social integral (art. 48 de la Constitución política), y a la protección y asistencia a la tercera edad (art. 46 de la Constitución política), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (arts. 13 y 85 de la Constitución política), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia, en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva de su derecho al mínimo vital.(...)

En tal evento, se opera una inversión en el orden de exigibilidad del principio de solidaridad social, que obliga al Estado a una prestación directa e inmediata en favor de la persona que se halla en circunstancias de debilidad manifiesta, sin perjuicio del derecho en cabeza de la autoridad estatal, cuando sea del caso, al reintegro posterior de su costo por parte del beneficiario y de su familia.

A la luz del desarrollo de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina internacional, no debe asombrar que el concepto de GED haya adquirido la centralidad que exhibe como criterio para la intervención del Estado, especialmente por vía de los jueces constitucionales, en defensa de determinados individuos o grupos de la sociedad. Para las personas en situación de desplazamiento, el concepto de GED adquiere mayor concreción que para las personas consideradas en abstracto. En el primer caso se trata de individuos o grupos de individuos que han sufrido la vulneración sistemática y continuada de múltiples derechos fundamentales con ocasión de la violencia o coerción ilegítima ejercida sobre ellos, lo que reporta para el Estado un deber de protegerlos especialmente y de restaurarlos en sus derechos.[148] En el segundo caso, las personas en general no exhiben, en principio, un estatus especial que justifique la adopción de medidas positivas a su favor por parte del Estado, como sí sucede con las personas víctimas del desplazamiento forzado.[149]

5.3. Contenido del concepto de GED

El contenido del concepto de GED ha sido desarrollado progresivamente en la jurisprudencia constitucional. El carácter abstracto del concepto ha exigido un ejercicio de fundamentación y precisión de su contenido por parte de los jueces constitucionales, ejercicio que no ha sido siempre sencillo, en buena parte por contar con escasos parámetros a nivel nacional e internacional.[150]

---

148 Establece el inc. 3 del art. 13 de la Constitución política: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

149 Dice la Corte Constitucional sobre este aspecto en sentencia T-025 de 2004: "En el caso de la población desplazada *para asegurar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, la respuesta del Estado ha de comprender acciones positivas* lo cual pone de relieve la faceta prestacional que, unida a su dimensión de defensa contra la arbitrariedad, tienen todos los derechos cuya vulneración llevó a la Corte a declarar el estado de cosas inconstitucional". (las cursivas son mías)

150 La investigación sobre diseño de indicadores para medir el cumplimiento de derechos, en particular de los derechos económicos, sociales y cultura-

La indeterminación del concepto de GED ha sido reducida jurisprudencialmente mediante la precisión de cinco componentes interrelacionados, a saber: los derechos de las personas especialmente protegidas por su situación de desplazamiento, el reconocimiento de sus derechos a partir de un enfoque diferencial, el nivel mínimo de goce efectivo de dichos derechos, la forma de medir el nivel de goce, la participación activa de los afectados en la construcción de la política pública. Tales componentes del concepto de GED han sido consistentemente precisados y desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

La indeterminación del concepto de GED antes anotada obedece al carácter abierto del lenguaje de los fines esenciales del Estado (art. 2 de la Constitución) y de la protección especial a las personas en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13, inc. 3 de la Constitución). No obstante, esta dificultad interpretativa no debe tornarse en un argumento para desconocer los argumentos de principio a favor de la intervención judicial reforzada con el fin de proteger a las personas víctimas del desplazamiento forzado. Argumentos de conveniencia u oportunidad, atendidos los fines políticos de un gobierno, no tienen la capacidad de vencer los principios que están a la base de los derechos,[151] que son el objeto de las demandas elevadas por las víctimas del desplazamiento forzado. Esto porque los argumentos de principio —que fundamentan los derechos constitucionales— tienen primacía sobre los argumentos concernientes a objetivos o fines sociales que fundamentan las decisiones políticas.[152] El respeto de las diferen-

les, es relativamente nueva. Data de finales de los noventa. El Comité DESC de la ONU ha contribuido a precisar el contenido de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales mediante sus observaciones generales. La propia jurisprudencia constitucional colombiana ha sido precursora en esta dirección al desarrollar, inspirada en la jurisprudencia alemana del *Existenzminimum*, la doctrina del derecho fundamental al mínimo vital como contenido mínimo e intangible de los derechos sociales fundamentales. Véase al respecto Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital", en *Estudios Ocasionales*, Bogotá, CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2002.

151 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 276.

152 La diferencia entre derechos y directrices políticas recalca el carácter deontológico de los derechos, en contraste con el carácter teleológico de los objetivos

cias entre estos dos ámbitos, el de los derechos —ámbito deontológico— y el de los fines sociales —ámbito teleológico—, permite fijar adecuadamente el alcance del concepto de GED y emplearlo en la revisión del diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las respectivas políticas públicas (véase *infra* punto 4).

En el caso especial de las personas víctimas del desplazamiento forzado, el GED remite entonces, como se ha afirmado arriba, a los siguientes puntos:

a) al conjunto de derechos constitucionales fundamentales del que es titular toda persona en tal situación;
b) al enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos;
c) al nivel mínimo de su satisfacción que debe asegurarse, en todo tiempo y circunstancia, para entender satisfechas las obligaciones constitucionales correlativas del Estado;
d) a indicadores de GED, tanto de resultado como de proceso, y
e) a la participación activa en la formulación de las políticas públicas.

5.3.1. Conjunto de derechos constitucionales fundamentales de sujetos especialmente protegidos

Ese conjunto de derechos ha sido establecido en una profusa jurisprudencia, de la cual cabe resaltar la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de cumplimiento, en especial los autos 109, 233 de 2007 y 116 de 2008. La Corte Constitucional resume al conjunto de derechos en cabeza de las personas desplazadas forzadamente en su sentencia T-025 de 2004, atendiendo el contenido

o fines políticos. Bajo el entendimiento de la teoría constitucional contemporánea, la administración de justicia aplica las normas jurídicas estabilizadoras de las expectativas de comportamiento (Luhmann), pero lo hace interpretando los objetivos del legislador a la luz de los principios constitucionales. Son los principios jurídicos, en este caso de orden constitucional, los que justifican una decisión política. La decisión política, por su parte, se encuentra justificada y es, por tanto, legítima, cuando toma en consideración o asegura los derechos de un individuo o grupo afectados por dicha decisión. Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

prestacional de los derechos, a su desarrollo progresivo, a los compromisos constitucionales e internacionales contraídos por Colombia y a los derechos mínimos que deben asegurarse en todo tiempo y lugar por parte del Estado, de la siguiente manera:

> Entre los derechos constitucionales fundamentales que resultan amenazados o vulnerados por las situaciones de desplazamiento forzoso, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado los siguientes:
>
> 1. El derecho a la vida en condiciones de dignidad [...].
> 2. Los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos *"en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse"* [...].
> 3. El derecho a escoger su lugar de domicilio [...].
> 4. Los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación. [...]
> 5. [...] sus derechos económicos, sociales y culturales [...] que se refieren a condiciones para garantizar un nivel de vida digna, y el acceso a la educación, la salud, el trabajo, entre otros derechos.
> 6. [...] el derecho de sus miembros a la unidad familiar [...] y a la protección integral de la familia [...].
> 7. El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida [...].
> 8. El derecho a la integridad personal [...].
> 9. El derecho a la seguridad personal [...].
> 10. La libertad de circulación por el territorio nacional [...] y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir [...].
> 11. El derecho al trabajo [...] y la libertad de escoger profesión u oficio [...].
> 12. El derecho a una alimentación mínima [...].
> 13. El derecho a la educación [...].
> 14. El derecho a una vivienda digna [...].
> 15. El derecho a la paz [...].
> 16. El derecho a la personalidad jurídica [...].
> 17. El derecho a la igualdad [...] Lo anterior no excluye, como se ha visto, la adopción de medidas de acción afirmativa a favor de quienes se encuentren en condiciones de desplazamiento, lo cual de hecho constituye una de las principales obligaciones reconocidas por la jurisprudencia constitucional en cabeza del Estado.

Los autos de cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 han sistematizado el conjunto de derechos que constituye el corazón del concepto de GED, sin desmedro de otros intentos consigna-

dos en otros autos. El siguiente listado se encuentra consignado en la parte resolutiva del auto 116 de 2008 y recoge los precedentes anteriores sobre el tema:

1. Derecho a la identidad.
2. Derecho a la vida.
3. Derecho a la libertad.
4. Derecho a la vivienda.
5. Derecho a la integridad personal.
6. Derecho a la alimentación.
7. Derechos asociados a las etapas de prevención y retorno: prevención del desplazamiento; retorno; subsistencia mínima; reunificación familiar; seguridad personal; participación.
8. Derecho a la salud.
9. Derechos asociados al enfoque diferencial —niños y niñas, pertenencia étnica y cultural, género—; a la subsistencia mínima; a la reunificación familiar; a la seguridad personal.
10. Derecho a la generación de ingresos.
11. Derechos asociados a la población desplazada a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición.
12. Derecho a la libertad.
13. Derecho a la educación.
14. Derechos asociados a la condición de víctimas, a la restitución, a la indemnización, a la rehabilitación, a medidas de satisfacción, a garantías de no repetición, a la igualdad y la no discriminación.

La especificación judicial del conjunto de derechos, objeto del concepto de GED, se ha inspirado en los Principios Rectores para los Desplazamientos Internos. No obstante, no existe aún unanimidad sobre el tema. Lo anterior se hace evidente al contrastar los derechos reconocidos por la Corte Constitucional y los enunciados, aunque no taxativamente, en el proyecto de ley de víctimas[153] que se discute actualmente en el Congreso de la República, en los siguientes términos:

[153] Proyecto de Ley 213 de 2010 —Senado y 107 de 2010— Cámara, acumulado con el proyecto de Ley 085 de 2010 Cámara, "por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones".

Artículo 28. Derechos de las víctimas. Las víctimas de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, tendrán entre otros los siguientes derechos en el marco de la normatividad vigente:

1. Derecho a la verdad, justicia y reparación.
2. Derecho a acudir a escenarios de diálogo institucional y comunitario, con el debido acompañamiento, seguimiento y protección del Estado.
3. Derecho a ser beneficiario de las acciones afirmativas adelantadas por el Estado para proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.
4. Derecho a solicitar y recibir atención humanitaria.
5. Derecho a participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, atención y reparación integral.
6. Derecho a que la política pública de que trata la presente ley, tenga enfoque diferencial.
7. Derecho a la reunificación familiar cuando por razón de su tipo de victimización se haya dividido el núcleo familiar.
8. Derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad.
9. Derecho a la restitución de la tierra si hubiere sido despojado de ella, en los términos establecidos en la presente ley.
10. Derecho a la información sobre las rutas y los medios de acceso a las medidas que se establecen en la presente Ley.
11. Derecho a conocer el estado de procesos judiciales y administrativo que se estén adelantando.

Por otra parte, el proyecto de ley arriba mencionado consagra un amplio listado de derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales y en las diferentes etapas de asistencia y atención —inmediata, humanitaria de emergencia y humanitaria de transición—. No obstante las divergencias entre el contenido del concepto de GED por efecto de los derechos constitucionales fundamentales incluidos en él, a la luz del principio *pro hominem*, debe acogerse el conjunto de derechos más favorable a las personas de sus titulares.

El reseñado conjunto de derechos tiene como titulares a las personas en situación de desplazamiento. Este hecho defectivo que las coloca en situación de debilidad manifiesta, justifica la

obligación del Estado, exigible en forma inmediata (art. 85 de la Constitución), de protegerlos de forma especial. La condición de sujetos de especial protección erige a las personas desplazadas en titulares de la acción afirmativa que obliga a tratarlos en forma desigual más favorable que a personas no afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Adicionalmente, y quizás sea lo más importante para efectos prácticos, la condición de desplazado o desplazada impone la obligación constitucional de darles prioridad en la asignación del presupuesto, esto con el fin de atender efectiva y oportunamente el goce los derechos fundamentales. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional en su sentencia SU-1150 de 2000, "el gasto en el cuidado a los desplazados debe ser considerado, inclusive, como más perentorio que el gasto público social". La jurisprudencia constitucional ha considerado que solo mediante la total priorización del gasto público a favor de la población desplazada es posible asegurar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

5.3.2. Enfoque diferencial en el reconocimiento de derechos

Consustancial al concepto de GED es que la determinación y el alcance de los derechos en cabeza de las personas desplazadas forzosamente sean establecidos a partir de un enfoque sensible a las diferencias de edad, pertenencia étnica y cultural, género, orientación sexual o situación de discapacidad. El proyecto de ley de víctimas actualmente debatido en Colombia igualmente ordena adoptar el enfoque diferencial en el reconocimiento de los derechos de las diferentes personas que tienen la condición de víctimas según la ley y la jurisprudencia.[154]

[154] Sobre el particular, el proyecto de ley de víctimas prevé: "Artículo 13. *Enfoque diferencial*. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque. || El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos fundamentales tales como

Dos observaciones caben, no obstante, al relacionar el enfoque diferencial y el concepto de GED. La primera observación es lógica. El enfoque diferencial es una condición necesaria del goce efectivo de los derechos de las personas víctimas del desplazamiento forzado. La segunda observación remite a las consecuencias de dicha relación necesaria. De no adoptarse correctamente el enfoque diferencial en la atención, asistencia, reparación, etc., de las personas desplazadas, no se cumple con la obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de sus derechos. De ahí la insistencia de la Corte Constitucional en su sentencia T-025 de 2004 y en diversos autos de cumplimiento sobre el deber de adoptar tal enfoque en el diseño, implementación, seguimiento y valoración de las políticas públicas de atención a la población desplazada.

Quizás uno de los teóricos de la justicia que ha contribuido en mayor medida a la comprensión de las implicaciones de tomar en serio un enfoque diferencial en el reconocimiento de derechos es Amartya Sen. Esto porque Sen privilegia una teoría de la libertad efectiva de las personas a partir de sus capacidades reales, sus funcionamientos y sus realizaciones, en la cual para gozar efectivamente de los mismos derechos deben atenderse las circunstancias particulares en que se encuentra la persona titular de los mismos.[155] Otras teorías de la justicia no son suficientemente sensibles a la siempre cambiante y diversa situación de cada titular de derechos, por lo que sus resultados no adoptan plenamente el enfoque diferencial exigido especialmente en casos de víctimas golpeadas por la violencia.

---

mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado. || Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales. || Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes".

155 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; *La idea de la justicia,* Madrid, Taurus, 2010.

5.3.3. Nivel mínimo de satisfacción del conjunto de derechos

Al declarar el estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI) en materia de desplazamiento forzado,[156] la Corte Constitucional precisó los niveles mínimos, exigibles inmediatamente de las autoridades públicas competentes, para satisfacer las obligaciones de atención y asistencia a los afectados. La Corte ha sido conciente que un nivel máximo de protección de sus derechos fundamentales no es posible ante la magnitud del fenómeno del desplazamiento y la escasez de los recursos.[157] Por eso ha procedido a delimitar los derechos mínimos, cuyo goce efectivo debe ser asegurado por parte del Estado en este caso.[158] En esta tarea,

156 La Corte Constitucional entiende que existe un estado de cosas inconstitucional (ECI) cuando "(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas —que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales". (sentencia SU-090 de 2000, reiterada por la sentencia T-025 de 2004)

157 Sobre este particular ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia T-025 de 2004: "Dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas. Por tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento".

158 Para precisar el anotado mínimo, la Corte hace una distinción metodológica entre el núcleo esencial de los derechos fundamentales y el contenido prestacional de los derechos [...]. Dice la sentencia T-025 de 2004 al respecto: "Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos

además de determinar qué derechos tienen los desplazados —conjunto de derechos constitucionales fundamentales— y de qué manera deben apreciarse —enfoque diferencial—, la Corte ha señalado cuál es el mínimo que no puede ser traspasado —prohibición de insuficiencia u omisión— en ninguna circunstancia, si es que se pretende no desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas desplazadas.[159] Dos vías son señaladas explícitamente por la Corte Constitucional en su sentencia T-025 de 2004 para precisar ese nivel mínimo de goce efectivo de los derechos por parte de las personas desplazadas:

5.3.3.1. Nivel mínimo de obligatoria observancia: núcleo esencial de los derechos

En la misma providencia arriba citada, la Corte deja en claro que "las autoridades en ningún caso pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas —en la misma medida en que no pueden actuar de manera tal que afecten el núcleo esencial de los derechos de ninguna persona que se encuentre en el territorio colombiano—".

5.3.3.2. Derechos prestacionales, principio de progresividad y prohibición de retroceso

Muchos de los derechos fundamentales de las personas desplazadas tienen el carácter de derechos prestacionales o derechos sociales. La Corte Constitucional reconoce que el cumplimiento de las obligaciones positivas, correlativas a este tipo de derechos, depende de su desarrollo progresivo o gradual por vía medidas positivas y erogaciones presupuestales. No obstante, cuando se

reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados".

159 Dice la Corte en la mencionada sentencia: "Existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación".

ha alcanzado ya un determinado nivel de protección de dichos derechos, el Estado no puede retroceder en el nivel de su garantía. El goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas desplazadas depende, en buena medida, de la continuidad de las acciones positivas del Estado ejecutadas para su cumplimiento.[160]

A partir de las fuentes antes enunciadas —núcleo esencial de los derechos y prohibición de retroceso en materia de derechos prestacionales— la Corte, inspirada en el derecho de derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y en los Principios Rectores de Protección a la Población Víctima de Desplazamiento Forzado Interno, fijó el contenido mínimo de sus derechos fundamentales, así:

> [...] los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado:
>
> 1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 de la Constitución Política y el Principio 10.
> 2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (arts. 1 y 12 de la Constitución política), tal y como se particularizan en el Principio 11.
> 3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 de la Constitución política y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por suje-

[160] La reducción de las prestaciones positivas ya garantizadas para proteger efectivamente los derechos prestacionales solo es admisible si se cumplen las estrictas exigencias argumentativas que justifican un retroceso, no siendo posible, de cualquier forma, traspasar, en ninguna circunstancia, el contenido esencial del derecho. Sostiene la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004: "el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto [...]. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional". [...]

tos de especial protección constitucional —niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia—, quienes tienen derecho a reencontrase con sus familiares.

4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que "*las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales*".[161] *También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas*. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al pro-

[161] La ayuda humanitaria de emergencia prevista en el art. 15 de la Ley 387 de 1997 es similar, o inclusive más amplia en algunas prestaciones específicas. Dicho art. dice: "De la Atención Humanitaria de Emergencia. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno nacional iniciará las acciones inmediatas tendentes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas. En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales. El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento. Parágrafo. A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres (3) más".

ducirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

En este sentido, y en cuanto a la ayuda humanitaria de emergencia, debe precisar la Corte que la *duración* de la obligación estatal mínima de proveer ayuda humanitaria de emergencia es, en principio, la que señala la ley: tres meses, prorrogables hasta por otros tres meses para ciertos sujetos. Considera la Sala que este plazo fijado por el legislador no es manifiestamente irrazonable, si se tiene en cuenta que (a) fija una regla clara con base en la cual la persona desplazada puede planificar a corto plazo y tomar decisiones autónomas de auto-organización que le permitan acceder a posibilidades razonables de subsistencia autónoma sin estar apremiada por las necesidades inmediatas de subsistencia, y (b) otorga al Estado un plazo igualmente razonable para que diseñe los programas específicos que sean del caso para satisfacer sus obligaciones en materia de ayuda para la estabilización socioeconómica de los desplazados —es decir, le otorga al Estado un término justo para programar una respuesta razonable en materia de ayuda para la autosubsistencia del desplazado y su familia—.

Ahora bien, dado que el plazo señalado en la ley obedece principalmente a las dos razones indicadas, debe la Corte precisar que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un periodo de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socioeconómico, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad, quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado —es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las con-

diciones para ello—. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda.

5. El derecho a la salud (art. 49 de la Constitución política) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el artículo 50 de la Constitución política.
6. El derecho a la protección (art. 13 de la Constitución política) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, particularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22.
7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (art. 67, inc. 3 de la Constitución política). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica *primaria* a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.[162] También en virtud de lo dispuesto por la Carta política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta obligación cobija a los padres de familia o acudientes —quienes no pueden impedir el acceso de

[162] Dada la obligación de asegurar la inclusión de todos los menores de edad víctimas de desplazamiento al sistema educativo, es relevante recordar que "[...] la persona mayor de 15 años y menor de 18 que demande acceso a la educación primaria, entraría dentro de los supuestos fácticos del artículo 67, de acuerdo con el postulado consagrado por el artículo 44 de la Carta, según el cual, los niños gozan de los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia". Véase al respecto las sentencias de la Corte Constitucional T-323 de 1994 y T-534 de 1997.

sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento— y a los menores —que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes—. Por su parte, el Estado está obligado, *como mínimo*, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su *acceso* a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.(...)

8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (art. 16 de la Constitución política) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento —obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de *identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.*

   Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber *mínimo* y de *inmediato cumplimiento* que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información que le permita prestar la debida atención y consideración a las condiciones particulares de cada desplazado o familia de desplazados, identificando con la mayor precisión y diligencia posible sus capacidades personales, para extraer de tal evaluación unas conclusiones sólidas que faciliten la creación

de oportunidades de estabilización que respondan a las condiciones reales de cada desplazado, y que puedan a su turno, ser incorporadas en los planes de desarrollo nacional o territorial.

9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.

Fundamento de la anterior determinación de contenidos mínimos de los derechos fundamentales de las personas desplazadas son los principios de protección a la vida, a la dignidad, a la integridad y a la autonomía de la persona humana.[163]

[163] Sostiene la Corte Constitucional en la sentencia tantas veces citada: "Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos".

No ha escapado a la Corte Constitucional el hecho de que la determinación del GED en cuanto al nivel mínimo de satisfacción requiere, para su acatamiento por parte de las autoridades competentes como para la valoración de su cumplimiento por parte de los jueces, no solo una formulación cualitativa, sino también cuantitativa. Es así que en los autos de desarrollo de la sentencia T-025 de 2004, que declarara el ECI en relación con la población desplazada, la Corte, con la participación de otras autoridades públicas y de afectados y afectadas por el desplazamiento forzado, ha precisado el alcance de las obligaciones del Estado en este caso mediante la formulación de indicadores.

5.3.4. Indicadores de GED

En lo que respecta al nivel mínimo de satisfacción del conjunto de derechos antes señalado, la jurisprudencia ha decantado indicadores de GED, de proceso y de resultado, para los derechos en cabeza de las personas víctimas del desplazamiento forzado. Los primeros señalan los niveles mínimos que necesariamente deben alcanzarse —indicadores de resultado— para entender cumplidas las exigencias constitucionales en cabeza de las autoridades públicas. Los segundos remiten a las medidas de orden orgánico funcional que deben adoptarse para superar las deficiencias de la política pública sobre desplazamiento forzado —indicadores de proceso—.

5.3.4.1. Indicadores de resultado

El auto 116 de 2008, proferido por la Corte Constitucional en el seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 recoge los elementos esenciales de una batería de indicadores para medir el cumplimiento de las obligaciones mínimas del Estado, del cual depende el GED y el consecuente levantamiento del ECI (véase *infra* 3). El cuadro 1clasifica los indicadores de resultado según derecho fundamental de las y los desplazados.

Cuadro 1.

Núm.	*Derecho*	*Indicador de GED*
1	Identidad	Todos los miembros del hogar cuentan con sus documentos de identificación completos.
2	Derecho a la vida	Los miembros del hogar en situación de desplazamiento preservan la vida.
3	Derecho a la libertad	Ningún miembro del hogar ha sido privado de la libertad de forma arbitraria.
4	Derecho a la vivienda	Hogar habita legalmente el predio en condiciones dignas.*
5	Derecho a la integridad personal	Los miembros del hogar no han sido víctimas de acciones contra su integridad personal después del desplazamiento (no incluye muerte).
6	Derecho a la alimentación	Hogar dispone de alimentos aptos para el consumo y accede a una cantidad suficiente** de los mismos. Todos los niños del hogar que no están al cuidado de un adulto asisten a programas de atención al menor.
7	Prevención del desplazamiento Retorno Subsistencia mínima	El hogar en situación de emergencia o vulnerabilidad extrema tiene cubiertas sus necesidades relacionadas con la subsistencia mínima.
8	Reunificación familiar	El hogar en situación de desplazamiento que ha sufrido fragmentación a causa del desplazamiento ha logrado la reunificación familiar cuando la solicita.
9	Seguridad personal	Ningún miembro del hogar es víctima de acciones que atentan contra su seguridad personal.
10	Participación	Las Organizaciones de Población Desplazada (OPD) participan efectivamente en la decisiones de política pública sobre desplazamiento forzado.

Núm.	*Derecho*	*Indicador de GED*
11	Salud	Todas las personas cuentan con afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Todas las personas que solicitaron apoyo psicosocial lo recibieron. Todos los niños del hogar cuentan con esquema de vacunación completo (auto 109 de 2007, citado por el auto 116 de 2008).
12	Enfoques diferenciales Niños, niñas y adolescentes desplazados	Todos los niños y niñas que nacieron después del desplazamiento están incluidos en el RUPD. Todos los niños y niñas menores de 12 disponen de alimentos aptos para el consumo y acceden a una cantidad suficiente de los mismos en condiciones de saneamiento adecuadas. Todos los niños, niñas y adolescentes desplazados han recibido atención psicosocial. Todos los niños, niñas y adolescentes que por causa del desplazamiento fueron separados de sus hogares han sido reintegrados a los mismos.
13	Pertenencia étnica y cultural	Las comunidades indígenas o afrocolombianas participan en los escenarios de toma de decisiones de las políticas públicas de atención a la población desplazada en las distintas instancias territoriales, a través de delegados escogidos por sus autoridades tradicionales o por organizaciones de población desplazada indígena o afrocolombiana. Los retornos de la población indígena o afrocolombiana se han llevado a cabo atendiendo los principios de voluntariedad, seguridad y dignidad.
14	Género	El nivel de ingreso de los hogares desplazados con jefatura femenina es adecuado (viene de generación de ingresos y vivienda). Todas las mujeres desplazadas se encuentran protegidas frente a vulneraciones de su libertad, integridad y seguridad personal. Todas las mujeres desplazadas que han solicitado asignación de bienes a cualquier título*** han adquirido la titularidad plena o compartida de dichos bienes.

Núm.	*Derecho*	*Indicador de GED*
15	Seguridad personal *Derecho a la generación de ingresos:*	"El hogar posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso**** supera como mínimo la línea de indigencia" (etapa). "El hogar posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso se ubica por encima de la línea de pobreza" (resultado).
16	*Derechos de la población desplazada a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición:*	Todas las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado interno han sido reparadas integralmente por vía administrativa. Todas las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado interno han sido reparadas integralmente. Todas las víctimas colectivas del delito de desplazamiento forzado interno han sido reparadas integralmente. Todos los desplazados que hayan sido víctimas de otros delitos han sido reparadas integralmente por tales delitos. Todos los desplazamientos masivos registrados han sido objeto de denuncia penal. Los autores materiales e intelectuales de desplazamientos forzados masivos registrados han sido condenados penalmente. Todas las víctimas de desplazamiento forzado interno conocen la verdad completa de lo ocurrido a través de un programa gubernamental de difusión de la verdad. Todas las víctimas de desplazamiento forzado interno conocen la verdad completa de lo ocurrido a través del proceso judicial. Ninguna víctima de desplazamiento forzado interno es objeto de un nuevo desplazamiento forzado.

* Incluye "espacio suficiente (hacinamiento), servicios domiciliarios completos, materiales apropiados, ubicación, seguridad jurídica de la tenencia".

** Se medirá *insuficiencia alimentaria* (comer menos de lo deseado por insuficiencia de alimentos-Hambre por insuficiencia de alimentos-Ausencia de una de las comidas básicas diarias (desayuno, almuerzo y comida).

*** Entiéndase para el caso adjudicación, restitución o indemnización.

**** El ingreso considera los subsidios que recibe por parte del Estado y todas las fuentes de ingreso de la familia.

5.3.4.2. Indicadores de proceso

Algunos derechos fundamentales, por la complejidad y cumplimiento progresivo de las obligaciones correlativas de las que depende su goce efectivo, requieren para la medición de la satisfacción mínima de los derechos, además de indicadores de resultado, indicadores de proceso. Así, en materia del derecho a la vivienda, la Corte Constitucional ha adoptado el indicador de GED que refiere al "hogar habita legalmente el predio en condiciones dignas", mientras otros indicadores complementarios —algunos de resultado y otros de proceso— remiten a la situación de seguridad jurídica de la tenencia, al espacio suficiente, a los materiales apropiados, a la ubicación y al acceso a todos los servicios públicos domiciliarios básicos (auto 116 de 2008). Para el caso del derecho a la generación de ingreso, la Corte distingue también entre un indicador de proceso o etapa —si el hogar posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso (que incluye subsidios del Estado) supera como mínimo la línea de indigencia— y un indicador de resultado —consistente en si el hogar "posee al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso se ubica por encima de la línea de pobreza" (auto 116 de 2008).

Los anteriores indicadores —decantados ya en la jurisprudencia constitucional hasta formar un parámetro homogéneo y estable— sirven para evaluar aproximativamente[164] si las autoridades públicas cumplen con las obligaciones de protección que aseguran el goce efectivo de los derechos de las personas desplazadas. Con independencia de las grandes discusiones teóricas sobre las características de los derechos fundamentales o humanos, si deben con-

[164] Es importante precisar que los indicadores de proceso y resultado para asegurar el goce efectivo de derechos no agotan todas las medidas para el goce completo de los derechos sociales. Por ejemplo, en materia del derecho a la educación, si bien se satisfacen por lo general en las medidas del gobierno las dimensiones del acceso y la disponibilidad, se dejan de lado la dimensión de la aceptabilidad y la adaptabilidad —medidas señaldas como parte del derecho a la educación por la relatora Catherina Tomasevski—. Agradezco a Luis Eduardo Pérez haber llamado la atención sobre el aspecto de que los indicadores hasta ahora utilizados no miden exactamente la satisfacción de todos los componentes de los derechos sociales.

cebirse desde un enfoque deontológico o teleológico,[165] lo cierto es que la Corte Constitucional de Colombia reconoce que se trata de principios constitucionales de desarrollo progresivo, pero exigibles inmediatamente ante los jueces en cuanto a su contenido mínimo.

5.3.5. Participación de los afectados en la construcción de la política pública

En su extensa jurisprudencia, la Corte Constitucional ha subrayado la obligación de que los afectados por el fenómeno del desplazamiento forzado tomen parte activa en el proceso de asistencia y protección especial brindadas por parte del Estado. Los afectados saben por lo general mejor lo que necesitan o es prioritario para sus personas y familias por la situación concreta en que se encuentran, no debiendo quedar en manos de funcionarios "de escritorio" el diseño, formulación, evaluación y ejecución de las políticas públicas sobre la materia.

La participación de las personas desplazadas incluye el derecho a exigir al Estado la existencia de una política pública que se desarrolle razonablemente en el tiempo dependiendo de los máximos recursos disponibles, de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano. Quizás la idea que más cercana se encuentra a este quinto componente del concepto de GED es la formulada bajo el nombre de "metaderechos" por el premio nobel de economía Amartya Sen. Se trata de una ingeniosa propuesta para hacer frente a la objeción de que los mandatos jurídicos —generalmente dictados por los jueces mediante providencias— no deben ordenar lo imposible. Atendiendo a esta razonable condición, Sen sugiere que si bien las personas privadas de sus derechos sociales no tienen un derecho actual y pleno a exigir del Estado prestaciones fácticas determinadas, sí tienen un derecho a ese derecho, consistente en

[165] Arango, Rodolfo, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011, pp. 73-90. En el presente volumen, capítulo 3.

la existencia de una política pública que en un tiempo previsible y razonable logre las condiciones para hacer efectivo dicho derecho prestacional.[166]

Con la capacidad real de las personas desplazadas para proponer e incidir sobre los contenidos de la política pública, así como sobre su ejecución, se dejan a salvo las competencias constitucionales de las autoridades públicas con iniciativa de gasto público. Esto porque ellas están en posibilidad de evaluar la oportunidad y el alcance de las políticas públicas para brindar atención y protección a las personas o los grupos afectados, pero debiéndolo hacer mediante el control participativo de los afectados para que el goce efectivo de sus derechos no se convierta en una ilusión. Pasado el tiempo que se estima razonable para diseñar, aprobar y ejecutar una determinada política pública soberanamente decidida por el legislador, son los jueces la instancia llamada a impedir que los derechos prestacionales sean vulnerados por la omisión de las autoridades.

5.4. Funciones del concepto de GED

La estructuración de conceptos como el de GED por parte de los jueces constitucionales obedece a la necesidad de medir la efectividad de principios, derechos y deberes indeterminados por vía de la interpretación racional y razonable del orden constitucional y legal. En esta tarea los conceptos jurídicos cumplen importantes funciones, no siempre definidas en los textos normativos que fundamentan dicha aplicación. El presente caso no es la excepción. El concepto de GED, originado en los artículos 2, 13-3 y 86 de la Constitución, y desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, cumple por lo menos tres funciones específicas de gran importancia para la evaluación de las obligaciones del Estado en materia de protección efectiva de los derechos de las y los desplazados. Es así como del concepto de GED depende: *a)* el juicio sobre la racionalidad de las intervenciones del Estado; *b)* la supe-

166 Sen, Amartya Kuman, "Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos", en *Estudios de Filosofía y Derecho,* núm. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

ración del ECI en materia de desplazamiento forzado, como consecuencia del restablecimiento de la normalidad constitucional, y *c)* la cesación de la condición de desplazado o desplazada, por la superación de la circunstancia de debilidad manifiesta que lo o la hacía acreedora de una protección constitucional reforzada.

5.4.1. En materia de racionalidad de las políticas públicas del Estado

El concepto de GED, al contener los elementos deónticos de orden constitucional que deben ser respetados en todos los tiempos por las autoridades públicas, cumple una primera función de establecer el marco de posibilidades normativas dentro del cual debe desarrollarse el diseño, formulación, implementación y valoración de las políticas públicas en materia de desplazamiento interno. El marco de lo razonable —con los parámetros de lo prohibido, debido y permitido a partir de los preceptos constitucionales — debe cumplirse mediante la escogencia de medios que cumplan con el juicio de racionalidad. Puesto que deberá presentarse un estudio particular sobre racionalidad de las intervenciones del Estado, este punto no hace parte del objeto del presente documento.

5.4.2. En materia de superación del estado de cosas inconstitucional

Mediante auto 008 de 2009, la Corte Constitucional enunció criterios para determinar la superación del estado de cosas inconstitucional. Ellos exigen al gobierno nacional demostrar "que ha alcanzado soluciones duraderas respecto de, a lo menos, los siguientes ejes", los cuales incluyen el goce efectivo de derechos por parte de un alto porcentaje de la población desplazada; la corrección de las causas estructurales que llevaron al estado de cosas inconstitucional; la demostración de que las políticas públicas relacionadas con cada uno de los derechos constitucionales de los desplazados conducen efectivamente a lograr el goce efectivo de los derechos por parte de los desplazados; la participación opor-

tuna, significativa y efectiva de los desplazados en las decisiones estatales que los afectan, y contribución de las entidades territoriales a la superación del estado de cosas inconstitucional.[167]

Posteriormente, en auto 385 de 2010 la propia Corte Constitucional dejó en claro que "el examen del juez constitucional para declarar superado del estado de cosas inconstitucional debe tener como referente principal el goce efectivo de derechos, mientras que el examen de los problemas estructurales constituyen estándares relevantes que son evaluados en función del criterio principal". En esta ocasión la Corte encontró, a diferencia de la apreciación del Gobierno nacional, consignada en el informe de cumplimiento del 1 de julio de 2010, que "persiste el estado de cosas inconstitucional, en la medida en que aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado, ni se ha logrado garantizar de manera efectiva los mínimos de protección que deben asegurarse en todo tiempo". Además, advirtió que "la carga de demostrar que las condiciones que dieron lugar a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional han sido superadas, recae sobre el gobierno nacional, y ésta no ha sido cumplida todavía".

5.4.3. En materia de estatus especial

El concepto de goce efectivo de los derechos determina igualmente el abandono de la condición de desplazado.[168] Cuando

[167] Sobre el tema puede consultarse Arango, Rodolfo, "Superación del estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado", en *Desplazamiento Forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?*, Bogotá, Codhes, 2009, t. 1, pp. 91-114; Rodríguez, César, "¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional", en Rodríguez, César *et al.* (coords.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho-Ediciones Uniandes, 2009, pp. 434-493.

[168] Un comprensivo y detallado estudio sobre las condiciones que deben cumplirse constitucionalmente para entender superado el desplazamiento forzado —tanto en términos sociales y económicos como de seguridad y

la persona afectada es protegida de manera permanente y las obligaciones del Estado satisfechas de manera integral y permanente, es posible determinar la cesación de la condición de desplazado.

La Ley 387 de 1997, por la cual se adoptaron medidas para la prevención del desplazamiento forzado, determinó en su artículo 18 que la condición de desplazado forzado por la violencia cesa "cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento", debiendo el desplazado cooperar "en el mejoramiento, restablecimiento, consolidación y estabilización de su situación". Por su parte, el Decreto 2569 de 2000 amplió la cesación de la condición de desplazado a "la superación de las causas objetivas que llevaron al desplazamiento o por la expulsión de la persona del Registro Único de Población Desplazada".[169] La cesación de la

reconocimiento de los derechos de las víctimas y protección contra prácticas discriminatorias— se encuentra en Pérez, Luis Eduardo, "¿Cuándo se supera la situación de desplazamiento? El fin del desplazamiento: propuesta de criterios de cesación", en Rodríguez, César; Guataquí, Juan Carlos *et al.* (coords.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, pp. 494-546, en especial 538-539.

169 Decreto 2569 de 2000, ARTÍCULO 3o. CESACIÓN DE LA CONDICIÓN DE DESPLAZADO. Cesará la condición de desplazado y por tanto el reconocimiento que el Estado realiza sobre el que alega ser desplazado, cuando se presente una de las siguientes situaciones: || 1. Por el retorno, reasentamiento o reubicación de la persona sujeta a desplazamiento que le haya permitido acceder a una actividad económica en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento. || 2. Por exclusión del Registro Único de Población Desplazada, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 14 del presente decreto. || 3. Por solicitud del interesado. || Parágrafo. La cesación se declarará mediante acto motivado, contra el cual proceden los recursos de Ley y la decisión que los resuelva agota la vía gubernativa.
Artículo 14o. Exclusión del Registro Único de Población Desplazada. La exclusión del Registro Único de Población Desplazada, y en consecuencia, la pérdida de los beneficios establecidos en la Ley 387 de 1997, a favor de la población desplazada, procede cuando: || 1. Se establezca que los hechos declarados por quien alega la condición de desplazado no son ciertos, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. || 2. Cuando a juicio de la entidad en la que se haya delegado la inscripción, de acuerdo con el parágrafo del artículo 18 de la Ley 387 de 1997, se demuestre la falta de

condición de desplazado es individual, no así la superación del ECI.

Es de anotar que el proyecto de ley de víctimas que se tramita en el Congreso de la República vincula la cesación de la condición de desplazado, ya no con la estabilización económica o con la superación de las causas objetivas que llevaron al desplazamiento, sino con el "avance" en el goce efectivo de los derechos de la persona desplazada, bien sea a través de sus propios medios o de los programas oficiales. No obstante, el proyecto reserva al Gobierno nacional el establecimiento de los criterios para determinar cuándo cesa la situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta a causa de hecho mismo del desplazamiento, de acuerdo con los indicadores de goce efectivo de derechos de la atención integral definidos jurisprudencialmente.[170]

---

cooperación o la reiterada renuencia del desplazado para participar en los programas y acciones que con ocasión del mejoramiento, restablecimiento, consolidación y estabilización de su situación, desarrolle el Estado. || 3. Cese la condición de desplazado. || Parágrafo. La exclusión del Registro Único de Población Desplazada se realizará a través de acto motivado e implica la revocatoria de la decisión tomada en el acto anterior mediante el cual se decidió la inclusión en el Registro. Esta decisión se notificará al afectado, y es susceptible de los recursos de Ley. La decisión de los recursos agota la vía gubernativa.

170 Proyecto de Ley 213 de 2010 —Senado y 107 de 2010— Cámara, acumulado con el proyecto de Ley 085 de 2010 Cámara, Artículo 67. *Cesación de la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta*. Cesará la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta ocasionada por el hecho mismo del desplazamiento, cuando la persona víctima de desplazamiento forzado a través de sus propios medios o de los programas establecidos por el Gobierno Nacional, avanza en el goce efectivo de sus derechos. Para ello accederá a los componentes de atención integral al que hace referencia la política pública de prevención, protección y atención integral para las víctimas del desplazamiento forzado de acuerdo con el artículo 60 de la presente Ley. Parágrafo 1º. El Gobierno Nacional establecerá los criterios para determinar cuándo cesa la situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta a causa de hecho mismo del desplazamiento, de acuerdo con los indicadores de goce efectivo de derechos de la atención integral definidos jurisprudencialmente. || Parágrafo 2º. Una vez cese la condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta ocasionada por el hecho mismo del desplazamiento, se modificará el Registro Único de Población Desplazada para dejar constancia de la cesación a la que se ha hecho referencia en este artículo. || En todo caso, la persona cesada mantendrá su condición de víc-

5.5. Alcance del concepto de GED en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia

La operatividad del concepto de GED revela su alcance y límites cuando se aplica a las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado. Analizada en abstracto la relación entre GED y políticas públicas, esta involucra una colisión del principio de justicia con el principio democrático. A la decisión legislativa que aprecia las necesidades sociales, evalúa los recursos disponibles, y decide sobre la oportunidad de destinar los segundos a las primeras, según una determinada prioridad, se oponen argumentos de principio con rango constitucional fundamental, los cuales pueden significar un recorte justificado en el alcance de las competencias del legislador democrático. Es precisamente el discurso jurídico constitucional de los derechos fundamentales, particularmente de los contenidos de los mismos que deben ser satisfechos inmediatamente en el grado ordenado por el marco normativo superior, el que mediante el concepto de GED condiciona la aceptabilidad de las decisiones legislativas en sus diversas etapas. El alcance del concepto de GED representa factores materiales y temporales que no pueden ser desconocidos por el legislador en uso de su competencia de la configuración normativa. Este parámetro normativo debe observarse tanto en *a)* el diseño; *b)* la implementación, y *c)* el seguimiento y la evaluación de las políticas mencionadas. El concepto de GED, en consecuencia, excluye la posibilidad de dar un tratamiento a la población desplazada como si se tratase de un mero problema de pobreza, ignorando la dimensión de víctimas de los miembros de este grupo titular de especial protección del Estado. El desplazamiento forzado constituye una grave violación de derechos humanos, razón por la cual es constitucionalmente ordenada la incorporación del enfoque de GED en la formulación de políticas y en buscar soluciones que reconozcan tanto los derechos como víctima, como su derecho a llevar una vida digna.

---

tima, y por ende, conservará los derechos adicionales que se desprenden de tal situación.

5.5.1. GED y diseño de las políticas

El discurso abstracto de los derechos fundamentales no resulta suficiente para asegurar su respeto y protección por el Estado en las sociedades complejas contemporáneas. Lo que podría ser satisfactorio metodológicamente bajo una comprensión liberal de la democracia —con amplias facultades legislativas y limitación de obligaciones negativas del Estado—, deja de serlo con la materialización del estado social de derecho y la conversión de las funciones del Estado para satisfacer mínimos materiales que garantizan la participación efectiva de los ciudadanos en el proceso democrático. Mientras la violación de los derechos liberales de libertad se determina por vía de la prohibición de los excesos en las actuaciones del Estado, no vale para las omisiones. En particular, las acciones afirmativas en beneficio de personas dignas de especial protección imponen a las autoridades obligaciones prestacionales para cuyo cumplimiento deben tenerse en cuenta el enfoque y los contenidos en la formulación de las políticas públicas para atender a estos sujetos constitucionales, todo lo cual implica una prohibición de insuficiencia u omisión.

La mera titularidad del derecho fundamental no garantiza la efectividad de su goce. Para pasar de la titularidad a la realización del derecho es necesario el cumplimiento de las obligaciones del Estado a partir de un enfoque sensible a las diferencias reales existentes. El punto de partida es la descripción de la persona humana, en este caso de la persona en situación de desplazamiento, a partir de sus capacidades fácticas y los funcionamientos —enfoque diferencial— de los que depende la efectividad del derecho.[171] La demostración de cómo el contexto condiciona el funcionamiento de las capacidades de las personas concretas hace exigible las acciones positivas del Estado, necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales. El enfoque diferencial hecho imperativo por la jurisprudencia constitucional hace visibles las preferencias "adaptativas" de personas tradicional o sistemáticamente discriminadas, quienes interiorizan y naturalizan su situación de desventaja, como es el caso de

[171] Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; Nussbaum, Martha C., *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

las mujeres, indígenas, afros y personas con diversa orientación sexual. A la luz del enfoque diferencial, el poder administrativo y el poder legislativo están constitucionalmente obligados a concebir y formular las políticas públicas y diseñar los procesos de asistencia y atención a las personas desplazadas, en sus diferentes etapas, para corregir las asimetrías sociales a partir de las capacidades fácticas reales de los titulares de los derechos, así como de los funcionamientos que condicionan el GED en el contexto real del país —fallas estructurales de la administración pública a nivel central y descentralizado—.

El contenido que el legislador debe abarcar en el diseño de las políticas públicas debe ser precisado por medio del concepto de GED —con su conjunto de derechos, enfoque diferencial, contenidos mínimos e índices de resultado— con el fin de posibilitar la realización efectiva de los derechos fundamentales. Los mínimos exigibles por vía constitucional y que hacen parte del concepto de GED han sido determinados por la jurisprudencia y la doctrina con ayuda de los principio de progresividad[172] y de proporcionalidad,[173] en especial a través de la prohibición de insuficiencia u omisión.

El diseño de esta política pública debe cumplir con el principio de progresividad. La Ley 387 de 1997 "mediante la cual se adoptaron medidas para la prevención del desplazamiento for-

[172] El principio de progresividad prohíbe el retroceso del nivel de garantía alcanzado, salvo que el Estado demuestre la existencia de necesidades imperiosas que justifican echar marcha atrás en el desarrollo progresivo de los derechos, sin que puedan desconocerse los mínimos derechos fundamentales que deben reconocerse en todo tiempo y circunstancia.

[173] Sobre el principio de proporcionalidad existe amplia literatura, siendo de destacar la relativa a los derechos de prestación. Véase Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Ronconi, Liliana, "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?", en Beade, Gustavo; Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 429-466.

zado y la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en Colombia", estableció un sistema de prevención y protección que fue luego complementado y desarrollado por decretos reglamentarios y leyes posteriores. El diseño de dicha política pública fue demandado en su momento por desconocer los derechos de la población desplazada. En desarrollo del control de constitucionalidad, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad parcial del parágrafo del artículo 15[174] de la mencionada ley y condicionó el resto de la norma a una lectura conforme con los parámetros constitucionales. La Corte Constitucional encontró que el diseño de la política pública de atención humanitaria de emergencia era inconstitucional al limitar la ayuda humanitaria de emergencia de tres meses a una única prórroga de otros tres meses; condicionó la regulación legal al entendido de que la atención se prorrogara "hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su autosostenimiento".[175] El goce efectivo de los dere-

[174] La norma regulaba el derecho a recibir atención humanitaria de emergencia en cabeza de la o del desplazado, limitándolo a tres meses, prorrogables por una única vez.

[175] La Corte Constitucional en sentencia C-278 de 2007 sostuvo: "Si bien es conveniente que la referencia temporal exista, debe ser flexible, sometida a que la reparación sea real y los medios eficaces y continuos, de acuerdo a las particularidades del caso, hasta salir de la vulnerabilidad que atosiga a la población afectada, particularmente en esa primera etapa de atención, en la cual se les debe garantizar condiciones de vida digna que hagan viable parar el agravio, en tránsito hacia una solución definitiva mediante la ejecución de programas serios y continuados de estabilización económica y social. Teniendo en cuenta, entonces, que el estatus de desplazado no depende del paso del tiempo, sino de una condición material, dichos programas solo pueden iniciarse cuando exista plena certeza de que el desplazado tiene satisfecho su derecho a la subsistencia mínima. En lo que respecta a que el término de la ayuda humanitaria de emergencia sea de tres meses, la Corte lo encuentra corto mas no necesariamente contrario a la Constitución política, en la medida de su acople y flexibilidad frente a las características propias del hecho concreto, además ante la posibilidad de adicional ayuda solidaria, por ejemplo proveniente del sector privado o del exterior, o si las correspondientes instituciones oficiales cumplen con su deber en forma integrada, pronta y acuciosa. Lo definitivamente inconstitucional, y así lo declarará la Corte, son las expresiones 'máximo' y 'excepcionalmente por otros tres(...) más', del parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, pues le imprimen rigidez al plazo para la provisión de la ayuda humanitaria

chos a la asistencia y atención inmediata impidió la limitación temporal de la obligación asistencial del Estado, para la cual no se ofreció una justificación racional y razonable suficiente, vulnerara los derechos fundamentales de las personas desplazadas.

Por su parte, el diseño de las políticas públicas que implican el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado también está sujeto al principio de proporcionalidad. En su relación con los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad adquiere diferentes modalidades, bien se trate de derechos liberales o negativos o de derechos prestacionales o positivos. En el primer caso se prohíben los excesos que vulneren los derechos de no interferencia —p. ej., la libertad de expresión—. En el segundo caso se prohíben las omisiones o insuficiencias que vulneren los derechos de prestación —p. ej., el derecho a la salud—.[176]

El principio de proporcionalidad en materia de realización de derechos prestacionales prohíbe que las actuaciones del Estado sean inexistentes o insuficientes —prohibición de insuficiencia u omisión— para asegurar el GED. Acertadamente anota Clérico,[177] en contra de Alexy,[178] que no se satisface un derecho positivo por el mero hecho de escoger el Estado una de las acciones alternativas existentes para promover el derecho. Por el contrario, el principio de proporcionalidad exige la realización efectiva del derecho e incluye, por tanto, además de la prohibición de exceso, la prohibición de insuficiencia. La prohibición de insuficiencia

---

de emergencia a los desplazados, impidiendo que estas personas puedan seguir recibiendo atención del Estado por un tiempo mayor, mientras logran superar definitivamente su situación de vulnerabilidad. El segmento restante del citado parágrafo se declarará exequible, en el entendido que la atención humanitaria de emergencia será prorrogable hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su autosostenimiento".

176 Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-174.

177 Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad"..., *cit.*, pp. 385-428.

178 Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

abarca dos mandatos definitivos cuyo desconocimiento lleva a la vulneración del derecho prestacional: el mandato de hacer definitivo con un contenido definido indiscutible —medio necesario y eficaz—; el mandato de hacer definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente —medio suficiente: se puede seleccionar un medio eficaz para realizar el derecho entre los muchos alternativos existentes, pero no por debajo de la medida de realización del mejor medio alternativo.[179]

Un ejemplo de vulneración del derecho prestacional de los desplazados a una efectiva protección, por desconocer la prohibición de insuficiencia, es la declaratoria de inexequibilidad del parágrafo contenido en el artículo 18 de la Ley 387 de 1997. Este parágrafo adoptaba como uno de los medios eficaces para lograr la consolidación y estabilización socioeconómica —y la consecuente cesación de la condición de desplazado— la exigencia hecha al desplazado de cooperar "en el mejoramiento, consolidación y estabilización de su situación". Sin lugar a dudas, la ayuda que la persona víctima del desplazamiento forzado se pueda prestar a sí misma es un medio eficaz para promover sus derechos prestacionales. No obstante, dentro de los medios alternativos existen otros medios suficientes más idóneos que el mencionado para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de la persona especialmente protegida.[180]

---

179 Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad"..., *cit.*, pp. 393-394, 400.

180 Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-278 de 2007: "Para la Corte, el imperativo 'cooperará' representa una carga desproporcionada, pues lo hace responsable de la obtención de su restablecimiento, desmontando así al Estado de su deber primario de garantía y olvidando que se trata de víctimas de violaciones a derechos humanos y, por ende, sujetos de especial protección que merecen ser tratados con toda la consideración que impone su particular condición. Por tal motivo, la Corte Constitucional declarará inexequible el parágrafo del artículo 18 de la Ley 387 de 1997, advirtiendo eso sí, que tal determinación no enerva la actitud de los desplazados para participar y obrar juntamente con los organismos estatales, privados y personas que coadyuven con el fin de conseguir el mejoramiento, restablecimiento, consolidación y estabilización de su situación, colaborando voluntariamente en lo que esté a su alcance para mejorar su situación, sin que su negativa pueda comportar una sanción para quienes lo que necesitan es promoción y solidaridad".

En resumen, el diseño de las políticas públicas de atención integral a la población desplazada forzadamente debe cerciorarse de que el Estado adopte las medidas necesarias y suficientes para garantizar el GED de las y los desplazados, lo cual supone el respeto de los principios de enfoque diferencial, progresividad y proporcionalidad. Este último principio no solo exige el examen de si el Estado ha escogido un medio eficaz entre los múltiples medios alternativos para satisfacer la promoción de los derechos prestacionales, sino además si el medio eficaz es el que mejor promueve la realización de los respectivos derechos —proporcionalidad en sentido estricto—, de forma que se asegure el GED, condición para el levantamiento del ECI. La forma de establecer si en el diseño de las políticas públicas se han observado los parámetros constitucionales señalados es por vía del control de la constitucionalidad de las medidas legislativas adoptadas. En ese control el concepto de GED, como se ha visto, juega un papel fundamental. La prohibición de insuficiencia u omisión busca impedir que el Estado desconozca sus obligaciones sociales para con personas especialmente protegidas.

5.5.2. GED y la implementación de las políticas

Las políticas públicas establecidas por el legislador han tenido su natural implementación mediante el desarrollo reglamentario y la actividad administrativa tendente a concretar dichas políticas en GED para la población desplazada. Uno de los avances más significativos de la jurisprudencia constitucional ha sido el control, coadyuvado por la comisión de seguimiento de la sociedad civil, en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la sentencia T-025 de 2004. La construcción conjunta entre gobierno, comisión de seguimiento y Corte Constitucional de indicadores de resultado y de proceso para medir la satisfacción del conjunto de derecho de las personas en situación de desplazamiento forzado, es un paso positivo en dirección a la superación de las condiciones que llevaron al estado de cosas inconstitucional.

Ahora bien, en lo que respecta al control constitucional de la implementación de las políticas públicas, el examen de propor-

cionalidad de las medidas adoptadas debe evaluarse en el caso concreto si se pretende asegurar el GED de los afectados. Tal ha sido el procedimiento seguido por la Corte Constitucional en sus autos de cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004.[181] Lamentablemente, pese a los significativos avances logrados en algunos derechos de la población desplazada —p. ej., salud y educación—, la Corte advierte en sucesivos pronunciamientos que "aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado" (auto 008 de 2009) y que "persiste el estado de cosas inconstitucional, en la medida en que aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado, ni se ha logrado garantizar de manera efectiva los mínimos de protección que deben asegurarse en todo tiempo" (auto 385 de 2010).

En la implementación de la política pública mencionada, la Corte tiene en cuenta el conjunto de derechos, el enfoque diferencial, los indicadores de resultado y los principios constitucionales que miden el GED de la población desplazada. Para ello la metodología sigue el curso del principio de proporcionalidad, tanto en sentido amplio como estricto, teniendo en cuenta la relación existente entre la intensidad de restricción a los derechos

[181] Mediante autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 de 2006 y 266 de 2006, la Corte Constitucional solicitó al gobierno la adopción de indicadores de resultado y mecanismos de seguimiento y evaluación de la política en materia de desplazamiento forzado interno, puesto que la no adopción de dichos indicadores y mecanismos "era una de las causas que impedía avanzar adecuadamente en la superación del estado de cosas inconstitucional y en la garantía del goce efectivo de los derechos de la población desplazada". El gobierno procedió a presentar una amplia batería de indicadores principales, complementarios y sectoriales asociados en diciembre de 2006, enero y marzo de 2007, los cuales fueron rechazados en su mayoría por la Corte Constitucional en auto 109 de 2007, porque tenían vacíos significativos y no cumplían con los criterios de adecuación, pertinencia y suficiencia señalados por la jurisprudencia de la Corte sobre el goce efectivo de los derechos. Luego de varias actuaciones positivas del Estado en la dirección señalada por la Corte, esta adoptó los referidos indicadores de resultado del goce efectivo de los derechos fundamentales de la población desplazada, ello mediante autos 233 de 2007 y 116 de 2008.

positivos de las y los desplazados y la importancia y el peso del bien jurídico colectivo y/o derechos fundamentales colisionantes —atención a otras necesidades por parte del Estado, como por ejemplo la política de lucha contra la pobreza en general y la necesidad de destinar recursos económicos también a ella. En aplicación de la prohibición de insuficiencia u omisión de sus obligaciones para con los sujetos de especial protección constitucional que son las personas en situación de desplazamiento forzado, la Corte ha resuelto hasta ahora la colisión entre los derechos fundamentales de estas últimas y el bien jurídico colectivo y/o los derechos fundamentales colisionantes, a favor de los primeros. Es así como en el auto 008 de 2009, la Corte ordenó al gobierno reformular las políticas de vivienda y de tierras para la población desplazada, por ser su implementación inadecuada e ineficiente.

> Auto 008 de 2009. **Séptimo. ORDENAR** al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Director de Acción Social y a la Directora del Departamento Nacional de Planeación, dentro de la respectiva órbita de sus competencias, *reformular la política de vivienda* para la población desplazada, para lo cual, podrán considerar los elementos y criterios mínimos de racionalidad señalados en los párrafos 67 a 69 de este Auto. (Las cursivas son nuestras)
>
> Auto 008 de 2009. **Octavo. ORDENAR** a los Ministros del Interior y de Justicia y de Agricultura y Desarrollo Rural, al Director de Acción Social y a la Directora de Planeación Nacional - dentro de la respectiva órbita de sus competencias - y después de un proceso de participación que incluirá, entre otras organizaciones que manifiesten su interés, a la Comisión de Seguimiento, *reformular la política de tierras,* de conformidad con los parámetros señalados en los párrafos 82 a 85 del presente Auto. (Las cursivas son nuestras)

Las razones que aduce la Corte para ordenar la reformulación de la política de vivienda en atención de los resultados de su implementación, entre otras, son:

> Auto 008 de 2009. [...] la política de vivienda actual constituye un mecanismo ineficiente en términos de la adecuada destinación de recursos para la ayuda de la población desplazada, y al mismo tiempo, inidóneo para la protección del goce efectivo de los derechos de dichas víctimas de la violencia. [...] La Corte considera que emitir

> órdenes para seguir ejecutando la misma política sería perjudicial no solo para los derechos de millones de desplazados que en todo caso no recibirán ayudas de vivienda, sino para la política de atención a la población desplazada en su integridad, pues provocaría la destinación de una cantidad enorme de recursos para proteger a relativamente pocos desplazados en solo uno de los múltiples componentes de la política. Lo que procede entonces, es reformular la política.

Por su parte, las razones de la Corte para ordenar la reformulación de la política de tierras en atención de los resultados de su implementación, entre otras, son:

> Auto 008 de 2009. [...] Otra de las áreas con resultados precarios es la política de tierras, tanto en lo que se refiere a la protección y restitución de tierras abandonadas por la población desplazada, como a las tierras entregadas para reubicación y desarrollo de proyectos productivos para la población desplazada. El mismo gobierno señala este componente de la política como uno de los que requiere ser reformulado dado el atraso en que se encuentra.
>
> [...]
>
> A las deficiencias en el proceso de protección de tierras, se suman las fallas de los procedimientos de asignación de tierras para reubicación de población desplazada y realización de proyectos productivos.
>
> [...]
>
> Dada la gravedad de las falencias que enfrenta el componente de tierras, la Comisión de Seguimiento propuso en su Sexto Informe a la Comisión de Seguimiento "*la creación de una política pública integral de restitución de bienes para las víctimas de desplazamiento forzado que sufrieron abandonos o despojos de sus tierras con motivo de ese crimen*" bajo la responsabilidad de Acción Social y de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (en adelante CNRR).

Por otra parte, la Corte ordenó además formular una nueva política para la generación de ingresos[182] y de garantía a los dere-

[182] Auto 008 de 2009. "**Noveno.** [...] "La Directora del Departamento Nacional de Planeación deberá remitir a la Corte Constitucional el 30 de octubre de 2009 y el 1 de julio de 2010 un informe sobre (i) los resultados de este

chos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición de la población desplazada,[183] por considerar que en la implementación de dichas políticas se ha incurrido por parte del ejecutivo en fallas y vacíos protuberantes que impiden el GED.

---

proceso participativo y el cronograma de implementación de la nueva política, y (ii) los progresos alcanzados en la implementación y los resultados de la política de generación de ingresos adoptada, de tal forma que sea posible apreciar que se avanza de manera acelerada en la superación del estado de cosas inconstitucional y en el goce efectivo de los derechos de la población desplazada en la materia". Dice la Corte en la parte motiva de su providencia: "La información presentada tanto por el Gobierno(…) como por la Comisión de Seguimiento(…) evidencia que no existe en realidad una política gubernamental dirigida a la generación de ingresos de la población desplazada y alcanzar su estabilización socioeconómica, sino esfuerzos aislados y desarticulados orientados a flexibilizar algunos de los programas existentes para la superación de la pobreza y de fomento de pequeñas y medianas empresas, que no tienen en cuenta el origen esencialmente campesino de la población desplazada, los bajos niveles educativos y su capacidad para la formación de pequeñas y medianas empresas que sean viables y sostenibles, ni las oportunidades reales de generación de empleo tanto del sector público como del sector privado, a nivel nacional y territorial. Las falencias en esta materia aumentan el riesgo de asistencialismo de la política de atención y la perpetuación de la entrega de ayuda humanitaria de emergencia".

183 Auto 008 de 2009. **"Décimo. ORDENAR** al director de Acción Social, en coordinación con los Ministros del Interior y de Justicia, de Agricultura y Desarrollo Rural y con la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, después de un proceso de participación que incluirá, entre otras organizaciones que manifiesten su interés, a la Comisión de Seguimiento, formular, a más tardar para el 31 de agosto de 2009, una política de garantía a los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y la no repetición de la población desplazada con los complementos que sean necesarios para corregir los vacíos protuberantes en la materia, de conformidad con los lineamientos señalados en los párrafos 99 a 103 del presente auto, de tal manera que se ofrezca una respuesta articulada y efectiva y se asegure el goce efectivo de los derechos de la población desplazada en esta materia". Sostiene la Corte en la parte motiva del auto: "En cuanto a los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y no repetición, los esfuerzos en esta materia son hasta ahora incipientes. Persiste una altísima impunidad frente al delito de desplazamiento y los datos actuales solo dan cuenta de las denuncias presentadas, a pesar de que se trata de un delito que debía ser investigado de oficio (art. 159 de la Ley 599 de 2000).(…) Existen grandes obstáculos procesales y de capacidad institucional para avanzar en la materia y no se ha desarrollado hasta ahora ninguna estrategia para solucionarlos".

Nuevamente la doctrina sobre el principio de proporcionalidad, en la modalidad de la prohibición de insuficiencia en materia de derechos prestacionales, suministra los criterios para evaluar si la implementación de la política pública satisface las exigencias constitucionales de garantizar el GED.

> Como en el mandato de prohibición por exceso (en el mandato de prohibición de insuficiencia) es necesario determinar la intensidad de restricción al derecho,(...) en este caso, en su función de prestación positiva causada por la omisión o la acción insuficiente. Para ello, hay que considerar cómo impacta la no-realización del derecho de prestación positiva en el plan de vida de los afectados y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables. Asimismo, juega un papel importante determinar si el afectado pertenece a un grupo desaventajado de personas que sistemáticamente ha sido discriminado y las consecuencias nocivas persisten en la actualidad. Por último, hay que considerar los resultados en concreto del examen de idoneidad y del medio alternativo más idóneo —como se explicó en los apartados anteriores de este trabajo— y guiados por la siguiente regla que dice: tanto más insignificante sea el fomento del fin por el medio atacado —y tanto más pueda ser promovida una mayor realización del derecho de prestación positiva a través de medios alternativos más idóneos—, tanto más difícil podrá ser justificada la limitación del derecho fundamental afectado por omisión o acción insuficiente a través de la importancia de la realización del fin estatal, de los otros derechos y o bienes jurídicos colisionantes en el caso concreto.(...) Así, si surge que la limitación al derecho de prestación positiva es muy intensiva, hiperintensiva o extrema, la "fuerza de las contra-razones (debe crecer) de forma *más que proporcional*". [...][184]

La aplicación del principio de progresividad al resolver la colisión entre los derechos de los desplazados y los derechos y/o bienes constitucionales colisionantes, como el fin de la restricción fiscal perseguido por el gobierno nacional, tiene especial importancia en casos de omisiones del Estado que lesionan el

184 Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 168.

mínimo esencial de los derechos fundamentales.[185] La doctrina y jurisprudencia internacionales imponen exigentes cargas argumentativas a los Estados que incumplen con sus obligaciones positivas. Clérico propone una presunción de inconstitucionalidad en casos de baja realización de los derechos prestacionales por la insuficiencia de la actuación estatal, así: "Cuando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación positiva por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente".[186]

En resumen, al examinar la implementación de la política pública por parte del gobierno, la Corte no desconoce que la satisfacción de las obligaciones positivas para con las personas en situación de desplazamiento no es la única obligación positiva del Estado. No obstante, al resolver posibles colisiones entre obligaciones del Estado, el GED de la población despla-

185 *Ibidem,* p. 169; Clérico sostiene: "Cuanto más se interfiere en la realización de un derecho en su función de prestación positiva, dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma "más que proporcional" ("sobreproporcional"), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada. [...] Esta fórmula es de suma importancia, si se tiene en cuenta las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente (*Untermaßverbot*) en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social, en el que buena parte de la población no puede ver satisfechos en un mínimo sus derechos de prestación positiva y su autonomía considerada también como libertad fáctica".

186 De la anterior regla, la citada autora deduce los siguientes contenidos: "(a) una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente; (b) la carga de la argumentación en cabeza de aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente, por lo general, el Estado;(...) (c) una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad de la omisión o acción insuficiente solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes;(...) (d) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la omisión o la acción estatal insuficiente como no-proporcional". Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: ...", *cit.,* pp. 169-171.

zada, como conjunto de personas que merecen una protección constitucional reforzada, impone altas y severas exigencias argumentativas a las autoridades públicas que pretenden justificar la insuficiente actuación para satisfacer los derechos fundamentales en el grado mínimo exigido por la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentran las personas víctimas del desplazamiento forzado.

5.5.3. GED, seguimiento y evaluación de las políticas

El proceso de judicialización de la asistencia y atención a la población desplazada que se ha desencadenado a partir de la sentencia T-025 de 2004 constituye un diagnóstico preciso de la precariedad del Estado para cumplir sus obligaciones positivas frente a personas víctimas del desplazamiento forzado, las cuales por su situación de debilidad manifiesta gozan de una protección constitucional especial. El seguimiento de las medidas adoptadas por el legislador y el gobierno en la materia por parte de la Corte Constitucional constituye una importante experiencia de construcción colectiva de políticas públicas e implementación de las mismas, la cual arroja resultados positivos, pero también revela graves falencias en materia del goce efectivo de los derechos a la vivienda, tierra y estabilización económica mediante la generación de ingresos. A continuación se presenta un modelo de evaluación tentativo, a la luz de los parámetros constitucionales y de derecho internacional de progresividad y proporcionalidad de los derechos a prestaciones positivas del Estado.

5.5.3.1. Derecho a la vivienda

En relación con el derecho a la vivienda, el contenido que debe ser asegurado por el Estado —para cumplir con el parámetro constitucional de su goce efectivo según el respectivo indicador de resultado— consiste en que el "hogar habite legalmente el predio en condiciones dignas", *i. e.*, que la vivienda incluya

un espacio suficiente, servicios domiciliarios completos, materiales apropiados, ubicación adecuada, seguridad jurídica de la tenencia.

5.5.3.2. Derecho a la generación de ingresos

En relación con el derecho a la generación de ingresos, el contenido que debe ser asegurado por el Estado —para cumplir con el parámetro constitucional de su goce efectivo según el respectivo indicador de resultado— consiste en que el "hogar posea al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso[187] supere como mínimo la línea de indigencia" (etapa), así como que el "hogar posea al menos una fuente de ingresos autónoma y su ingreso se ubique por encima de la línea de pobreza" (resultado).

5.5.3.3. Derecho a la tierra

En relación con el derecho a la tierra, esté no aparece de manera autónoma en el conjunto de derechos adoptado por la Corte Constitucional en autos 233 de 2007 y 116 de 2008, y solo viene a ser mencionado en los autos 092 de 2008, 004, 005 y 008 de 2009, ordenando este último la reformulación de la política en materia de restitución de tierras y territorios de las víctimas del desplazamiento.[188] La ausencia de indicadores de resultado para medir específicamente la restitución de la propiedad, posesión y tenencia de bienes de las y los desplazados, así como la ausencia de una política diferencial en la materia y la carencia de normas y mecanismos para hacer efectivos estos derechos, menoscaba

[187] El ingreso considera los subsidios que recibe por parte del Estado y todas las fuentes de ingreso de la familia.

[188] Salinas, Yamile, "¿Cómo proteger los bienes de los desplazados? La protección y restitución de tierras y los bienes inmuebles de los víctimas del desplazamiento", en Rodríguez, César; Guataquí, Juan Carlos *et al.* (coords.).*Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho-Ediciones Uniandes, 2009, pp. 72-145.

los derechos a la reparación integral y a la justicia de la población víctima del desplazamiento forzado.[189]

Si partimos de la premisa de que el derecho a la tierra se encuentra incluido tácitamente en el derecho a la reparación, tenemos entonces que el Estado está obligado como mínimo a asegurar que "todas las víctimas individuales del delito de desplazamiento forzado interno sean reparadas integralmente". Tal exigencia se enfatiza a partir del enfoque diferencial de género, cuando se adopta como contenido mínimo que debe satisfacer el Estado el indicador de resultado, según el cual, "todas las mujeres desplazadas que han solicitado asignación de bienes a cualquier título[190] han adquirido la titularidad plena o compartida de dichos bienes".

El modelo propuesto para evaluar constitucionalmente el diseño y la implementación de la política pública de asistencia y atención a la población desplazada a partir del parámetro constitucional del GED, tiene en cuenta: (i) el grado de intensidad de la restricción a sus derechos, en función de la prestación positiva acusada de omisión o acción insuficiente; (ii) el peso e importancia de los fines colectivos y/o derechos fundamentales y/o intereses generales colisionantes que justificarían la insuficiencia u omisión, y (iii) la comparación entre el grado de restricción a los derechos fundamentales y la importancia y el peso de los fines colectivos del Estado, según la regla de que a mayor restricción del derecho prestacional por la inacción del Estado más exigentes son las razones para justificar la persecución del principio contrario (fin, derecho o bien colisionante). Este examen de proporcionalidad se justifica porque el GED obliga al Estado a escoger no cualquier medio idóneo (en abstracto) para garantizar los derechos prestacionales de la población desplazada, sino el mejor medio adecuado —en concreto, teniendo en cuenta el contexto de su aplicación— para garantizar el GED.

189 *Ibidem*, p. 74.

190 Entiéndase para el caso adjudicación, restitución o indemnización.

Medio escogido para cumplir su obligación constitucional (M)	*Intensidad de la restricción del derecho prestacional positivo (P1)*	*Importancia y peso del fin, derecho o bien colisionante (P2)*	*Comparación entre grado de restricción de P1 y la importancia o peso de P2*	*Derecho*
M1 o M2 o M3	Baja, Media, Alta	Baja, Media, Alta	Ponderación de P1 y P2	Vivienda
M1 o M2 o M3	Baja, Media, Alta	Baja, Media, Alta	Ponderación de P1 y P2	Generación de ingreso
M1 o M2 o M3	Baja, Media, Alta	Baja, Media, Alta	Ponderación de P1 y P2	Tierras

Teniendo en cuenta que en el contexto colombiano ya existe legislación y una normatividad de desarrollo tendiente a satisfacer las obligaciones positivas del Estado frente a la población desplazada, en particular respecto de los derechos mencionados, resulta claro que el legislador y el gobierno no pueden retroceder en la protección alcanzada hasta ahora[191] —principio de progresividad—, así como tampoco desconocer los contenidos mínimos establecidos en la legislación y la jurisprudencia como de obligatorio cumplimiento en cualquier circunstancia. En lo que respecta, no obstante, a la satisfacción del GED, el examen o evaluación propuesta con base en el principio de proporcionalidad —y en la prohibición de insuficiencia u omisión contenida en él— permite exigir racional y razonablemente desde una base constitucional objetiva al legislador y al gobierno escoger entre los medios idóneos para satisfacer los derechos de las y los desplazados aquellos medios que sean mejores para asegurar el goce efectivo de los mismos (GED). En la evaluación propuesta, siguiendo a Clérico, debe atenderse "el impacto de la no-realización del derecho de prestación positiva en el plan de vida de los afectados y de acuerdo con sus intereses y necesidades argu-

[191] Arango, Rodolfo, "La prohibición de retroceso en Colombia", en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, pp. 153-172.

mentables"; "si el afectado pertenece a un grupo desaventajado de personas que sistemáticamente ha sido discriminado y las consecuencias nocivas persisten en la actualidad"; "los resultados en concreto del examen de idoneidad y del medio alternativo más idóneo". Todo ello según la regla que dice: "tanto más insignificante sea el fomento del fin por el medio atacado —y tanto más pueda ser promovida una mayor realización del derecho de prestación positiva a través de medios alternativos más idóneos—, tanto más difícil podrá ser justificada la limitación del derecho fundamental afectado por omisión o acción insuficiente a través de la importancia de la realización del fin estatal, de los otros derechos y o bienes jurídicos colisionantes en el caso concreto".[192]

Aplicada la matriz de evaluación del GED a la respuesta del gobierno contenida en el Informe del 1 de julio de 2010,[193] en relación con los tres derechos en estudio, puede concluirse lo siguiente:(i) vivienda: no se satisface el indicador de resultado de GED;[194] (ii) generación de ingresos: no se satisface el indicador de resultado de GED,[195] y (iii) tierras: no satisface el indicador de

192 Clérico, Laura, "El examen de proporcionalidad: ...", *cit.,* p. 168.

193 En el Informe de julio 1 de 2010 considera el Gobierno de este entonces que "están dadas las condiciones, en los términos exigidos por la Corte Constitucional para que se declare superado el citado estado de cosas inconstitucional, como respetuosamente así lo solicita el Gobierno Nacional".

194 Sostiene el Informe del gobierno de julio 1 de 2010 sobre el GED de vivienda: "El indicador de resultado del GED a la vivienda digna tiene en cuenta el número de hogares que habitan legalmente el predio en condiciones dignas a partir de cinco componentes. El indicador de resultado del GED a la vivienda digna corresponde a la proporción de hogares que cumplen con todos los componentes y es del 14%. Esto no representa un cambio estadísticamente significativo frente a la medición de línea de base", Informe 2010, p. 150.

195 Sostiene el Informe del Gobierno de julio 1 de 2010 sobre el GED de generación de ingreso: Es necesario aclarar en primera instancia que los resultados que se presentan a continuación no corresponden al impacto directo de la Política de Generación de Ingreso (PGI), en cuanto esta, como política de medios, genera resultados en el mediano y largo plazo (véase capítulo octavo). En consecuencia el intervalo entre las mediciones es demasiado corto y la fecha de aprobación de la PGI muy reciente, de manera que es di-

resultado de GED.[196] Ello porque los porcentajes de GED reflejan una baja cobertura en materia de vivienda; un alto desempleo en el caso de ingreso y ausencia de información en el caso de restitución de tierras. Además, el gobierno justifica la dificultad de presentar resultados concretos respecto del GED como lo ordenara la Corte en auto 008 de 2009, porque las políticas públicas respectivas han tenido ajustes recientes, "lo que limita que los indicadores de GED recojan a la fecha la totalidad de los efectos esperados".[197] Su respuesta es, además, especulativa, cuando afirma que "entre más tiempo la población esté expuesta a las políticas, es de esperarse unos cambios mayores y sostenibles en estos indicadores. Situación que es evidente en los derechos asociados a vivienda, tierras y generación de ingresos, entre otros".[198] De hecho, como lo ha anotado el consultor Luis Eduardo Pérez en comentario a este trabajo, los estudios de Ana María Ibáñez[199] aportan evidencia en sentido contrario. En ocasiones, el hecho

---

fícil observar un impacto en los indicadores en cuestión que sea atribuible a la misma.(...) || El siguiente cuadro muestra la evolución de los indicadores de GED a la generación de ingresos. Como se puede observar la proporción de hogares que al momento de realizar el primer seguimiento (2010) superaban la línea de pobreza fue de 9.53%, mientras que en la línea base (2008) dicho porcentaje era de 7.62%. Esto implica un incremento estadísticamente significativo del 1.89%.(...) Este resultado, sin embargo, contrasta con la evolución en la proporción de hogares por encima de la línea de indigencia. Al comparar el indicador de proceso, entre la línea de base y el primer seguimiento se evidencia un descenso significativo de 3.2 puntos porcentuales.

196 Sostiene el Informe del Gobierno de julio 1 de 2010 sobre la restitución de tierras: "El ejercicio de costeo parte de la base que esta es una política que se centra principalmente en la restitución y reparación por la vulneración de los derechos o expectativas de los derechos sobre la propiedad y uso de la tierra a causa del fenómeno del desplazamiento, en el contexto de la Política de Verdad, Justicia y Reparación, y Atención Integral. Por tanto, no es una política de acceso o redistribución de tierras". || "No debe perderse de vista que la responsabilidad por la restitución y la reparación y sus costos recaen sobre los victimarios. En consecuencia, el Estado asume una responsabilidad subsidiaria, de carácter solidario", Informe 2010, p. 186.

197 *Ibidem,* 2010, p. 156.

198 *Idem.*

199 Ibáñez, Ana María, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá, CEDE-Universidad de los Andes, 2008.

de haber sido desplazado por largo tiempo no supone mejorar las condiciones de vida. Todo lo anterior permite concluir que el gobierno nacional no justifica con razones válidas la restricción de estos derechos de la población desplazada como consecuencia de la no intervención eficaz para el cumplimiento de las obligaciones mínimas del Estado.

El Informe del gobierno Santos de marzo de 2011 exige un compás de espera para la evaluación de la garantía del GED, puesto que el marco normativo —Ley de Víctimas, Ley de Tierras, Plan Nacional de Desarrollo, etc.— que orienta las acciones del ejecutivo en la materia se debate aún en el Congreso de la República.[200] Lo anterior exige evaluar el informe de marzo de 2011 bajo la reserva de que los resultados sobre el GED reportados por el gobierno deberán ser revisados a la luz de los efectos de las nuevas políticas de vivienda, tierras e ingreso reformuladas por el actual gobierno.

Por último es necesario advertir que el presente escrito no se ha ocupado del tema de la prevención del desplazamiento forzado por no ser la prevención como política de Estado propiamente un derecho fundamental respecto del cual pueda demandarse su goce efectivo, aspecto abordado en esta consultoría. No obstante, es po-

[200] Dice el gobierno en su informe de marzo de 2011: "Al momento de entrar a valorar las políticas públicas definidas por el Gobierno anterior en el Informe presentado a la Honorable Corte Constitucional el 30 de octubre de 2009 y luego en el Informe presentado a esa misma Corporación el 1 de julio de 2010, tal y como lo señaló ese alto Tribunal Constitucional en el auto 385 del 10 de diciembre de 2010, comunicado el 16 del mismo mes y año, ahora, el nuevo Gobierno —elegido por el pueblo colombiano por una amplia e histórica mayoría e instalado a partir del 7 de agosto de 2010 —, está impulsando cambios legales y administrativos que efectivamente tienen impacto en la política para la población víctima del desplazamiento forzado por la violencia, así como del ritmo de avance en la superación del estado de cosas inconstitucional, lo cual impone un nuevo compromiso, pues se trata de una nueva política, con la cual se planea atender la problemática del desplazamiento para dar una respuesta efectiva a la crisis humanitaria que vive la población desplazada, corregir las falencias e incongruencias que han sido detectadas tanto por el propio Gobierno, la sociedad civil y la Corte Constitucional, asegurar la efectividad de los derechos de la población desplazada e igualmente, adoptar las medidas que sean necesarias para avanzar en la superación del estado de cosas inconstitucional", Informe 2011, pp. 33-34.

sible incluir en un momento posterior algunas referencias a este neurálgico tema que abarca multiplicidad de derechos —sistemas de información y riesgo, alarmas tempranas, protección a víctimas y testigos, etc.— de cuya observancia o cumplimiento depende el control del fenómeno mismo del desplazamiento.

5.6. Conclusiones

1. El goce efectivo de los derechos tiene origen en la propia Constitución cuando esta obliga en su artículo 2 al Estado a garantizar la efectividad de los derechos en ella consagrados.
2. El lenguaje de los derechos humanos y fundamentales cobija actualmente tanto derechos de libertad (derechos negativos) como derechos de prestación (derechos positivos), debiendo el Estado garantizar que unos y otros sean efectivos para todos, sin desconocer las realidades políticas, sociales, económicas y ambientales.
3. Con la tecnología, la industrialización y el aumento de los riesgos sociales, se ha pasado de una concepción de los derechos fundamentales como naturales y anteriores al Estado a una concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas (negativas y positivas) *iusfundamentales*, cuyo aseguramiento supone permanentes medidas de distribución económica —en las que no solo son competentes órganos democráticos como el legislador o el ejecutivo, sino también los jueces— y la intervención activa del Estado en diversos ámbitos de la vida social.
4. La Constitución de 1991 no es una excepción en las referidas transformaciones materiales y conceptuales. La fórmula de estado social de derecho, la tutela de derechos fundamentales —liberales y sociales— y la protección por vía judicial del goce de tales derechos, hacen de nuestro marco jurídico uno bien diferente al de la Constitución de 1886 y sus reformas.
5. La Constitución de 1991 ha acogido las acciones afirmativas y la priorización del gasto público social para atender

a personas y grupos que por su condición de debilidad manifiesta deben ser protegidos especialmente (art. 13, inc. 3 en conexidad con arts. 1, 2 y 11 de la Constitución).

6. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de GED. Se trata de un concepto abstracto e indeterminado que ha sido concretizado por la Corte Constitucional en cinco puntos o componentes claramente discernibles: *a)* al conjunto de derechos constitucionales fundamentales del que es titular toda persona en tal situación; *b)* al enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos; *c)* al nivel mínimo de su satisfacción que debe asegurarse, en todo tiempo y circunstancia, para entender satisfechas las obligaciones constitucionales correlativas del Estado; *d)* a indicadores de GED, tanto de resultado como de proceso, y *e)* a la participación activa en la formulación de las políticas públicas.
7. El desarrollo jurisprudencial del concepto de GED permite establecer como mínimo tres funciones que cumple en la evaluación de las intervenciones del Estado en la materia: *a)* la racionalidad de las intervenciones del Estado; *b)* la superación del ECI en materia de desplazamiento forzado, como consecuencia del restablecimiento de la normalidad constitucional, y *c)* la cesación de la condición de desplazado o desplazada, por la superación de la circunstancia de debilidad manifiesta que lo o la hacía acreedora de una protección constitucional reforzada.
8. Desde una perspectiva funcional, el concepto de GED se ha convertido con el tiempo —desplazando el concepto más restringido de la estabilización socioeconómica— en el criterio para determinar tanto la superación del ECI como la condición de las y los desplazados.
9. Los principios constitucionales de progresividad y proporcionalidad han permitido precisar, sobre una base objetiva y razonable, el alcance y los límites de las obligaciones del Estado cuyo incumplimiento masivo y sistemático ha justificado la intervención excepcional de la Corte Constitucional con la declaratoria de un ECI para proteger los derechos fundamentales masiva y sistemáticamente vulnerados. En esta tarea la prohibición de in-

suficiencia u omisión —que hace parte del principio de proporcionalidad como uno de sus subprincipios junto a la prohibición de exceso— cumple un papel de primer orden para el establecimiento del GED de las y los afectados. Esto porque el Estado no solo está obligado a satisfacer los mínimos contenidos del conjunto de derechos reconocido a los desplazados en el orden constitucional e internacional, sino también exige la escogencia de los mejores medios idóneos para garantizar el GED.

10. A nivel de la evaluación del diseño, implementación y seguimiento de las políticas públicas de atención a la población desplazada, la Corte Constitucional emplea el principio de proporcionalidad sopesando el grado de intensidad de la no realización del derecho prestacional en juego con el grado de satisfacción del fin, derecho o bien colectivo colisionante invocado para justificar la restricción del GED. Este enfoque busca contribuir a un examen racional y razonable del ejercicio del control constitucional, sin que por ello se desconozcan las competencias de las demás autoridades públicas llamadas a intervenir en la materia.

II

CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

6. Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho

6.1. Introducción

En este capítulo deseo defender la tesis de que conviene orientar los estudios sobre integración latinoamericana hacia el derecho constitucional comparado, en particular, el constitucionalismo de los derechos sociales. Si bien otros enfoques como el derecho internacional o el derecho privado, económico y comercial son relevantes para la integración, solo la consolidación de un estado social, que garantice los derechos sociales fundamentales a nivel nacional y regional, puede brindar estabilidad a los gobiernos latinoamericanos y una perspectiva de futuro común para los pueblos del continente.

La prioridad del comparativismo de derechos sociales se fundamenta, a mi juicio, en las aporías de la integración por vía del derecho. Una aporía es un camino sin salida, una salida negada. Las aporías de la integración latinoamericana tienen que ver con múltiples y variados obstáculos: algunos superables y otros no. Superable es el obstáculo de un inadecuado diseño institucional y una deficiente consagración de los derechos humanos. Insuperable —por lo menos a corto y mediano plazo—

* Este trabajo se incluye en el libro *¿La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, de Armin von Bogdandy, César Landa y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

es la dependencia de factores externos ajenos al control de los estados nacionales. Las aporías de la integración generadas por vía del derecho pueden ser superadas pero de forma gradual y a largo plazo.

Para sustentar mi tesis de la prioridad del derecho comparado de derechos sociales para la integración latinoamericana abordaré, en primer lugar, las grandes aporías de la integración por vía del derecho, haciendo hincapié en cómo el derecho puede ser un obstáculo para la integración. Luego me referiré al papel positivo pero insuficiente de organismos como la ONU y el Comité de Derechos Humanos, así como la Organización de Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Finalmente defenderé la importancia de avanzar en el derecho constitucional comparado de derechos sociales y mecanismos para su protección. Mucho de la vigencia efectiva de estos derechos depende no solo de la voluntad política de los estados sino del adecuado diseño institucional para garantizar a nivel local su realización. Un ejemplo de la importancia de dicho diseño institucional lo constituyen las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales sobre el principio de no regresividad de los derechos sociales. Aquí haré una especial mención del caso colombiano en contraste con el diseño subóptimo de otros países como México, Brasil y Argentina.

6.2. Aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho: el derecho como obstáculo a la integración

Es importante distinguir entre límites y aporías de la integración latinoamericana. Los límites están dados por factores geográficos, lingüísticos, económicos, políticos e históricos. Estos dificultan pero no impiden un proceso de integración por vía del derecho. Las aporías llevan a resultados contraproducentes y se convierten generalmente en factores que atentan contra la integración. No obstante, las aporías de la integración por vía del derecho pueden ser superadas mediante una clara estrategia a favor de los derechos sociales y la consolidación de estados sociales de derecho en la región.

6.2.1. Límites de la integración

La extensión del continente, sus accidentes geográficos, la diversidad lingüística —64 grupos étnicos solo en Colombia—, la desigualdad material entre los habitantes, la pobreza y la miseria absoluta de parte importante de la población, la dependencia económica y financiera del exterior, la precariedad institucional y democrática del continente, son todas realidades que impiden una integración económica y política de América Latina.

Quisiera llamar la atención sobre la precaria cultura política en América Latina y la inestabilidad de la institucionalidad democrática. Luego de la caída de las dictaduras del Cono Sur —*v. gr.,* en Argentina, Chile, Uruguay o Paraguay— a fines del siglo pasado, se miró con esperanza el avance de la democracia en el continente. Pero, las dos últimas décadas hemos visto que no es fácil superar la tradición autoritaria y el caudillismo presentes en la cultura política regional. Primero el presidente Menem y luego los presidentes Fujimori, Lula, Chávez y Uribe, han modificado las constituciones políticas para permanecer en el poder. El cambio de las reglas del juego en beneficio propio debilita a los partidos de oposición, afecta la igualdad en el proceso político e impide la transparencia en el ejercicio del poder. La falta de madurez democrática y de respeto al principio de igual consideración y respeto en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas, lleva a que la ideología se imponga sobre el derecho, lo cual impide la integración política.

Los conflictos fronterizos entre Colombia y Venezuela, Chile y Bolivia, Argentina y Uruguay también hacen difícil la integración. El conflicto entre los presidentes de Colombia y Venezuela en relación con la intermediación del presidente Chávez para buscar un acuerdo humanitario que permita la liberación de más de 50 secuestrados por la guerrilla izquierdista FARC, algunos de ellos secuestrados hace cerca de 10 años, es un ejemplo claro de la inestabilidad en las relaciones entre los gobiernos. El presidente Uribe acusó al jefe de Estado venezolano de tener pretensiones expansionistas en América Latina, mientras que Chávez acusó al presidente Uribe de ser un enviado del imperialismo *yankee*.

Tampoco las reformas de libre comercio, ajuste estructural y ayuda al desarrollo han contribuido a la estabilidad política y a la unión cultural del continente, como lo evidencian los crecientes índices de pobreza y desigualdad o la confrontación ideológica de gobiernos como el argentino y venezolano contra la hegemonía estadounidense. La globalización económica ha representado avances importantes en el cambio tecnológico y en las comunicaciones, pero ha reforzado la distancia entre los pocos ricos y el creciente número de personas en situación de pobreza en el continente.

Las condenas por masacres en diversos países —Chile, Colombia, Argentina, Perú, Brasil— proferidas por la Corte IDH, muestran que ni siquiera el respeto de los derechos a la vida y a la integridad personal ha sido alcanzado en América Latina. Por ejemplo, en los últimos años Colombia ha sido condenada cinco veces[201] por sucesivas masacres practicadas por grupos paramilitares con la complicidad de miembros de las fuerzas militares contra campesinos y personas acusadas de colaborar con la guerrilla izquierdista.

En este contexto, avances como las iniciativas de integración económica —Mercado Común del Sur, Comunidad Andina, TLCAN— son importantes para mejorar el poder de negociación de América Latina frente a otros bloques económicos como la Unión Europea o Estados Unidos. No obstante esas iniciativas no toman en cuenta de manera suficiente los factores políticos que pueden llevar a la destrucción de cualquier avance en el proceso de integración, como son la creciente pobreza, discriminación, violencia y debilidad de la cultura democrática de la población.

6.2.2. Aporías de la integración por vía del derecho

Además de las anteriores limitaciones a la integración, podemos mencionar algunas aporías que se generan mediante el ejercicio del derecho y que atentan contra la integración. Las aporías del

[201] Sentencias de la Corte Interamericana en los casos de Mapiripán, El Aro e Ituango, Pueblo Nuevo, 19 Comerciantes y La Rochela.

derecho internacional comercial, financiero y penal-militar llevan al retroceso de la unión latinoamericana.

Lo primero es la decisión estadounidense de firmar por separado tratados bilaterales de comercio con cada uno de los países latinoamericanos. Se trata de la vieja política de dividir y vencer donde los tratados bilaterales reemplazan a los multilaterales y debilitan la posición negociadora de América Latina. Como el emperador romano Julio César, se practica aquí la estrategia de *vini vidi vici*. No existe una conciencia clara entre los gobernantes latinoamericanos en cuanto a la necesidad de integrarse económicamente como bloque para luego negociar. Los tratados de libre comercio con Perú, Ecuador, Colombia, etc., se celebran con pleno respeto del derecho internacional de los tratados. Es poco probable entonces que la Corte Constitucional colombiana declare contrario a la Constitución el Tratado de Libre Comercio (TLC), ya aprobado por el Congreso colombiano y pendiente de aprobación por parte del Congreso de Estados Unidos. Ello pese a que el TLC tendrá como uno de sus efectos el empobrecimiento de los sectores más desfavorecidos, con clara violación de los principios constitucionales de protección a personas y grupos marginados o discriminados (art. 13 de la Constitución).

El sistema financiero internacional contribuye a la financiación de grandes obras y macroproyectos en el continente. El impacto de tales inversiones sobre la población no es siempre tenido oportunamente en cuenta. Por ejemplo, la Corte IDH ha condenado a Nicaragua por desconocer derechos indígenas en la ejecución de un proyecto de desarrollo.[202] Para prevenir la violación de derechos de la población, el Banco Mundial (en adelante BM) ha creado un Panel de Inspección (1993) ante el cual los afectados por la ejecución de proyectos financiados por el Banco pueden elevar sus reclamaciones. De ser justificadas esas reclamaciones, el Banco puede suspender o cancelar la financiación de los proyectos.

Por otra parte, los altos intereses a la deuda externa de los países latinoamericanos aseguran un flujo de capitales del sur

[202] Caso "Awas Tingni *vs.* Nicaragua", sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte IDH, Serie C, núm. 79.

hacia el norte, ahondando la dependencia económica y condenando a la población a la pobreza. Todo lo anterior se lleva a cabo bajo el manto del derecho internacional financiero, en contravía de la integración de América Latina. Recientemente el presidente Chávez ha comprado con sus petrodólares la deuda de Argentina, con lo cual este país ha cambiado su dependencia económica con el sistema financiero internacional por una dependencia con la nación venezolana.

El fenómeno del narcotráfico amenaza gravemente la estabilidad política de Colombia y los países vecinos. La lucha contra el narcotráfico se concentra en el elemento militar y represivo, lo que alimenta las ganancias del negocio ilícito. En esta guerra contra las drogas ilícitas demandadas por los países del norte y suministradas por los países del sur se utiliza el derecho penal como instrumento fundamental de lucha. El derecho penal de enemigo se impone sobre el garantismo penal. La identificación de narcotraficantes y rebeldes con terroristas permite al gobierno colombiano tomar medidas represivas que desconocen los derechos fundamentales de la población. Las detenciones masivas de personas en zonas o teatros de guerra, la interceptación masiva de telecomunicaciones sin orden judicial son ejemplos del desconocimiento de los derechos humanos más básicos. Mientras el militarismo neoconservador prevalezca por las vías del derecho será poco lo que se pueda avanzar en la democratización de los países de América Latina.

Pero veamos cuál puede ser el rol positivo, aunque con limitaciones y peligros de retroceso, del derecho internacional de derechos humanos para la integración del continente por vía de la consolidación de los derechos sociales y el Estado social de derecho.

6.3. El rol positivo pero insuficiente del derecho internacional de derechos humanos

Uno de los grandes avances de la humanidad es la internacionalización de los derechos humanos como parámetro moral, político y jurídico de las actuaciones públicas y privadas cuando afectan

los más altos valores universales, la dignidad, la igualdad y la libertad. La tradición humanista de siglos se plasma en el siglo xx en instrumentos internacionales y decisiones de los órganos para la defensa, protección, garantía y promoción de los derechos humanos. Se trata de un enorme salto para la civilización del mundo, pero que lamentablemente puede sufrir graves retrocesos, como lo demuestra la guerra ilegítima e injusta de Estados Unidos contra Iraq, pasando por encima del derecho internacional de los derechos humanos.

Los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos pretenden asegurar los derechos humanos por vía del derecho internacional. Lamentablemente dichos sistemas, a pesar de los importantes avances, muestran grandes limitaciones, principalmente en relación con la realización de los derechos sociales, elemento clave para la consolidación del estado constitucional, social y democrático de derecho que requieren los países en desarrollo. A continuación me refiero en forma resumida a algunas de las limitaciones de tales sistemas para la integración latinoamericana como consecuencia del insuficiente desarrollo de los mecanismos para asegurar la plena vigencia de los derechos sociales.

6.3.1. Sistema universal de protección de derechos

La declaración universal de los derechos humanos reconoce tanto los derechos civiles y políticos (en adelante DCP) como los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) en su texto (en adelante también denominados "derechos sociales"). Ello en buena parte gracias a la presión política ejercida por los pequeños países en el momento de su expedición. Según Susan Waltz, citada por Christian Courtis, "sin los argumentos y votos de los países pequeños, la Declaración Universal no hubiera incluido derechos socioeconómicos, ni la consistente condena de la discriminación".[203]

[203] Courtis, C. (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, p. 19.

Pero del paso de la declaración universal a la adopción de los derechos sociales como vinculantes en tratados internacionales hay una gran distancia. En la lucha ideológica entre liberales y socialistas en los años sesenta, perdió la tesis de una igual jerarquía entre los DCP y los DESC. Ello llevó a la expedición de dos pactos internacionales de derechos humanos de muy diversos alcances: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que permite exigir judicialmente la protección de los derechos liberales; y el PIDESC que no prevé la posibilidad de exigir ante los jueces internacionales la protección individual de los derechos sociales ante omisiones del Estado, salvo que se vean involucrados dramáticamente los derechos a la vida o a la integridad personal, entre otros.

El diferente estatus jurídico reconocido a los derechos sociales a nivel universal implica que la violación de los DCP puede ser más fácilmente controlada que en el caso de los derechos sociales. La protección de estos últimos es progresiva y se condiciona al desarrollo económico y social de los diferentes países, así como a la voluntad política de sus dirigentes. Este déficit jurídico de los derechos sociales pretende ser contrarrestado por multiplicidad de normas internacionales de nivel universal (PIDESC)[204] y regional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador), así como por mecanismos como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en materia de derechos laborales, el Consejo Económico y Social de las Nacionales Unidas (ECOSOC) o el Comité DESC creado en 1985. Otras normas del llamado *soft law* —Principios

[204] PIDESC, artículo 2, numeral 1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"; artículo 11, numeral 1: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

de Maastrich y Limburgo o la Declaración de Quito— también buscan asegurar que los derechos sociales sean tomados en serio por parte de los estados. El *soft law* contribuye a precisar, entre otras cosas, la debida interpretación del principio de progresividad y de la prohibición de retroceso en la satisfacción de los derechos sociales.

Dentro de las iniciativas para fortalecer los DESC se encuentran el proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC que actualmente está en discusión de la comunidad de expertos de todo el mundo. En dicho Protocolo se abre tímidamente la puerta de una exigibilidad política —mas no jurídica— de los derechos sociales, y ello gracias a la creación de un fondo económico al que podrían acceder —dentro de los límites de lo posible— los estados en situación de dificultad que impide la satisfacción mínima de los derechos sociales.

Especial mención cabe hacer al papel que corresponde cumplir a los grupos defensores de derechos humanos y a los movimientos sociales al presentar informes alternativos a los informes presentados obligatoriamente por los estados que han ratificado el PIDESC sobre la situación de los derechos sociales ante el ECOSOC.[205] El contraste entre los informes estatales y los informes presentados por la sociedad civil puede contribuir a aumentar el control ante el incumplimiento de los compromisos internacionales por los Estados parte del PIDESC.

Las observaciones generales expedidas por el ECOSOC para orientar la interpretación y aplicación de los derechos sociales, si bien constituyen una valiosa guía para la realización efectiva de estos derechos, no cuentan con el carácter de normas vinculantes en el plano interno. Tales normas directivas requieren de un adecuado diseño constitucional a nivel de los diferentes países donde tribunales constitucionales o superiores puedan adoptar y seguir tales observaciones generales en el derecho interno.

[205] En dichos informes el Estado debe describir las medidas legislativas, judiciales, políticas y de otra índole que ha adoptado para garantizar el disfrute de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité se encarga de examinar estos informes y hacer recomendaciones a los estados.

6.3.2. Sistema regional de protección de derechos

El sistema regional de protección de derechos humanos en América Latina está conformado principalmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", el Protocolo de San Salvador, entre sus instrumentos fundamentales, y por órganos de la OEA como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mientras que en materia de violaciones a los derechos sociales la Comisión tiene competencias más amplias de apreciación de las políticas públicas,[206] la Corte solo cuenta con limitadas competencias para proteger judicialmente los derechos sociales. No obstante, algunas normas convencionales obligan a los Estados que adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para así lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

En efecto, la Convención Americana establece en su artículo 26 el principio de progresividad de los derechos sociales:

> Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Las cursivas son nuestras)

Por su parte, el Protocolo Adicional de la Convención Americana o Protocolo de San Salvador dispone:

> Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

[206] La Comisión Interamericana puede hacer recomendaciones a los Estados para evitar la restricción indebida o el retroceso en la realización de los derechos sociales.

> Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr *progresivamente,* y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. (Las cursivas son nuestras)

La doctrina internacional ha interpretado unánimemente que el principio de progresividad de los derechos sociales implica la prohibición de adoptar medidas regresivas que disminuyan el goce de los derechos sociales alcanzado.[207] También ha advertido sobre la mala interpretación que se hace de las normas convencionales cuando se identifica la necesaria progresividad de los derechos sociales con su presunta no exigibilidad judicial.

Pese a todo esto, no existe una clara conciencia sobre la importancia de la prohibición de regresividad de derechos sociales ya reconocidos. Veamos una reciente decisión de la Corte Interamericana que confirma la anterior apreciación, para después referirnos al derecho constitucional de algunos estados latinoamericanos.

En el caso "Cinco Pensionistas *vs.* Perú" los demandantes y la Comisión Interamericana solicitaron a la Corte Interamericana el reconocimiento de la violación del artículo 26 de la Convención. Se trataba de cinco pensionados que vieron cómo por un decreto ley expedido por el gobierno de Perú se les redujo su renta pensional a una quinta parte. Tal medida desconocía, a su juicio, el principio de progresividad de los derechos sociales, el cual impide los retrocesos injustificados en la protección de estos derechos.

No obstante la claridad del caso, la Corte Interamericana se negó a reconocer una violación del principio de progresividad —y de la prohibición implícita de no regresividad en materia de derechos sociales—. En la decisión "Cinco Pensionistas *vs.* Perú" (2003), la Corte Interamericana no condenó al Estado de Perú por la violación de los artículos 26 de la Convención Americana,

[207] Courtis, C. (ed.)., *Ni un paso atrás..., cit.*

sino por la violación de los derechos de propiedad y protección judicial efectiva. Fundamentó la Corte su decisión, entre otros argumentos, con los siguientes:

> Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.
>
> Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.

La anterior sentencia muestra un alto grado de insensibilidad ante la situación concreta de personas que —según la Corte — deben soportar la reducción de sus derechos pensionales si las medidas cuestionadas buscan favorecer al conjunto de la población y tienen en cuenta los imperativos de la equidad social. La interpretación de la Corte sienta un preocupante precedente en materia de garantía de los derechos sociales. Como anota el profesor Christian Courtis, si los derechos sociales tienen según la Corte además de una dimensión colectiva una individual, "no se ve por qué sería imposible tratar casos de violaciones individuales concretas".[208]

6.3.3. Balance

Un rápido estudio de los instrumentos y decisiones internacionales de derechos humanos deja ver el papel secundario otorgado a los derechos sociales tanto a nivel universal como regional. Las

[208] Courtis, C. (ed.). *Ni un paso atrás..., cit.,* p. 48-*n*7.

observaciones generales del ECOSOC en materia de derechos sociales no son atendidas como derecho vinculante por la mayoría de los países. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es errática a la hora de analizar y evaluar las violaciones de los derechos sociales como consecuencia del desconocimiento del principio que ordena su progresividad. Esta situación se convierte en una limitante grave para la integración continental por vía del derecho social que evite las graves violaciones de los derechos humanos por omisiones de los estados en materia social. Frente a las limitaciones del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos el derecho constitucional de los derechos sociales cobra aún más importancia para la ampliación y consolidación del Estado social de derecho.

6.4. En defensa del comparativismo de derechos fundamentales: integración desde lo social

En países desarrollados que han adoptado la estructura político-jurídica del estado constitucional, social y democrático de derecho —por ejemplo los países de Europa Central— los derechos sociales como la salud se encuentran asegurados para toda la población a nivel legislativo. Tal es el caso de Alemania, Francia, España o Italia, solo por mencionar algunos donde encontramos una infraestructura administrativa y jurisdiccional especializada para asegurar la vigencia de las funciones sociales del Estado, como la protección de la asistencia médica a toda la población, bien sea mediante su prestación por parte del Estado —como en Inglaterra—, o por el Estado con la colaboración de los particulares —como en Alemania o España—; lo importante es que la universalidad del acceso a la salud está garantizada. En estas sociedades "bien ordenadas" —en los términos de John Rawls— la jurisdicción constitucional, por regla general, no interviene directamente para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, puesto que existe una jurisdicción especializada para la aplicación de la ley: la jurisdicción social. Los tribunales constitucionales de estas sociedades solo cumplen una función que podríamos llamar de control, en el sentido de que únicamente intervienen en casos

excepcionales, cuando se intenta el desmonte de la legislación social por debajo de los mínimos compatibles con la dignidad humana, y los tribunales ordinarios desconocen los parámetros constitucionales.

En contraste, en países en vía de desarrollo no existe, o existe de manera precaria, una infraestructura administrativa y de control, una legislación y una jurisdicción sociales en las que se realice el Estado social de derecho. La pobreza, la desigualdad y la exclusión, unidas a la carencia de recursos económicos por parte del Estado, la corrupción de autoridades y particulares y las precisiones de intereses supranacionales, son una constante que favorece la vulneración de los principios, derechos y deberes más fundamentales de la persona. En esta realidad de los "países no bien ordenados",[209] el reconocimiento a nivel constitucional del derecho fundamental a la salud, ya sea por decisión constituyente (Brasil en 1988[210] o Colombia en 1991 respecto de los menores de edad),[211] o sea por interpretación de los tribunales constitucionales como en el caso colombiano o el sudafricano,[212] deja entrever la creciente conciencia sobre la necesidad de asegurar, como mínimo, la dignidad humana a toda la población, mediante la realización de los derechos sociales fundamentales.[213] Naturalmente a esta pretensión se oponen sectores y personas sobre las que recae directa o indirectamente la redistribución económica implícita en la garantía constitucional del derecho a la salud, pese a las claras decisiones constituyente, legislativa y jurisprudencial.

---

209 En la categoría de "países no bien ordenados" pueden incluirse economías tan dispares como la colombiana, boliviana, brasileña o argentina, pero también buena parte de los países del África o del Este Europeo.

210 Sarlet, Ingo W., "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efectividade do direito à saúde na Constituição de 1988", en *Diálogo Jurídico,* núm. 10, Janeiro 2002, Salvador-Bahía-Brasil, p. 3.

211 Artículo 44 de la Constitución.

212 Sunstein, Cass. R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", en *U. of Chicago Public Law Working Paper No. 12*, Chicago, 2001. pp. 13-34.

213 Cfr. Arango, Rodolfo, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", en *Revista de Derecho Público*, vol. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 185-212.

Si bien a la Corte Constitucional colombiana se le critica una excesiva injerencia en este tipo de problemas, en otros países "no bien ordenados" con incipiente desarrollo del Estado constitucional, social y democrático de derecho, pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, la intervención de los jueces constitucionales con miras a garantizar derechos fundamentales mínimos es frecuente. En efecto, en India, Suráfrica, Hungría y otros países del Este, los jueces constitucionales cumplen funciones similares o equivalentes a las desempeñadas por los jueces constitucionales y de tutela en Colombia. Para tomar solo el ejemplo de Suráfrica, encontramos que, en este país, los jueces constitucionales han intervenido para proteger la exigibilidad judicial de un mínimo de derechos sociales, económicos y culturales,[214] entendidos estos como derechos de desarrollo progresivo, pero que no por ello dejan de ser exigibles judicialmente según el principio de razonabilidad. Así, en el caso Grootboom, la Corte Constitucional surafricana amparó el derecho a una vivienda digna de 900 personas, entre ellas 510 niños, que habitaban un tugurio con condiciones de vida deplorables y que habían estado por varios años en una lista de espera para recibir vivienda social. Según la interpretación de la Corte la Constitución no solo impone el deber de adoptar planes de largo plazo para asegurar vivienda a los sectores de menores ingresos, sino además el deber de procurarles vivienda temporal en condiciones dignas. La Corte concluyó que la ausencia de una plan "razonable" de vivienda temporal para ayudar a personas que no tienen donde vivir, vulneró sus derechos constitucionales.

6.4.1. El diseño constitucional colombiano

6.4.1.1. Texto constitucional

Los derechos sociales se encuentran consagrados en la actual Constitución en sus artículos 46, 47 y 48 (seguridad social),

[214] Sunstein, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", en *U. of Chicago Public Law Working Paper,* núm. 12, Chicago, 2001, pp. 11 y ss.

49 (salud), 51 (vivienda), 53 a 55, 57 (trabajo)[215] y 67 a 69 (educación).[216] Adicionalmente, el derecho innominado al mínimo vital ha sido derivado de los principios de estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad social (art. 1), en concordancia con los derechos a la vida (art. 11), a la salud (art. 49) y al trabajo (53).[217]

Los derechos sociales no están incluidos en el título I, capítulo 1 "De los derechos fundamentales". Esto lleva a algunos a pensar que tales derechos no son derechos fundamentales.[218] No obstante, el constituyente colombiano de 1991 no acogió un criterio formal para la identificación de los derechos constitucionales fundamentales. La Corte Constitucional adoptó desde muy temprano[219]

---

215 El derecho de huelga, si bien es un derecho que hace parte de los derechos laborales, no es un derecho social, sino como derecho de libertad. Para la distinción entre derechos sociales como derechos de prestación y derechos de libertad, véase Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005 (2ª ed., 2012), pp. 37-58.

216 El Constituyente colombiano no diferencia entre los derechos sociales y los económicos o los culturales. Comparte así de la confusión conceptual presente en la doctrina internacional y nacional sobre el tema. Derechos como el acceso al deporte, a la recreación (art. 52) y a la cultura (art. 70) son derechos culturales, los que no deberían ser agrupados con los derechos sociales. Lo mismo vale para los derechos económicos a la propiedad privada (art. 58) y a las donaciones (art. 62). La dogmática constitucional y de derecho de los derechos humanos está en mora de una construcción analítica y diferenciada de las diferentes categorías de derechos con miras a asegurar su plena realización. Solo se justifica hablar de derechos sociales, económicos y culturales —presuntamente solo prestacionales— bien sea para contrastarlos injustificadamente con los civiles y políticos —presuntamente sólo de abstención—. En contra de tal distinción véase Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-36.

217 Para un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho al mínimo vital, véase Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital", en *Estudios Ocasionales,* Bogotá, CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2002, pp. 7-74.

218 Sobre el rechazo de los derechos sociales como derechos fundamentales, véase Chinchilla, T. E. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 89-94.

219 Sentencia T-002 de 1992. Dijo la Corte en esta su segunda sentencia: "El

un criterio material para determinar cuándo un derecho constitucional es fundamental.[220] Ello ha permitido que se reconozca carácter fundamental a los derechos sociales, bien sea directamente o por conexidad con otros derechos fundamentales.[221]

6.4.1.2. Diseño institucional

La experiencia de las Cortes Constitucionales alemana, española e italiana, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, contribuyeron a la adopción en Colombia una de las jurisdicciones constitucionales con mayores competencias del mundo (art. 241 de la Constitución). La Corte Constitucional colombiana está integrada por nueve jueces nombrados por periodos de ocho años no reelegibles. Ella es el máximo intérprete de la Constitución. El control de constitucionalidad lo ejerce la Corte por dos vías: mediante el control abstracto normativo y mediante el control concreto de sentencias relativas a derechos fundamentales. La Corte Constitucional profiere un promedio de 1 000 sentencias (de constitucionalidad y de tutela de derechos fundamentales) cada año.[222] Las sentencias sobre el derecho a la salud son las más numerosas.

---

hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991".

220 La relevancia práctica de la distinción radica en que los derechos fundamentales gozan de protección constitucional por vía de la acción de tutela (art. 86), mientras que los derechos no fundamentales carecen de tal garantía.

221 La tesis de la conexidad, simplificadamente, sostiene que un derecho constitucional no fundamental puede adquirir el carácter de fundamental cuando su no reconocimiento judicial inmediato lleva necesariamente a la vulneración de un derecho fundamental *per se,* como cuando si no se protege la salud en unas circunstancias específicas (p. ej., de alto riesgo) se vulneraría el derecho a la vida o a la integridad personal.

222 Toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede consultarse en la página web *www.constitucional.gov.co*

El control constitucional abstracto lo ejerce la Corte Constitucional principalmente al decidir demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos individuales. Desde 1910 Colombia cuenta con una acción pública de inconstitucionalidad que permite a todo ciudadano demandar cualquier norma legal por violación de la Constitución. Luego de un procedimiento ampliamente participativo donde pueden intervenir en el proceso judicial diversos grupos o sectores interesados ante la Corte Constitucional, la Corte decide sobre la conformidad o no de las normas demandadas con los preceptos constitucionales. Estas sentencias son *erga omnes* y su contenido no puede ser desconocido por ninguna autoridad pública. Otros mecanismos de control normativo abstracto son el control constitucional automático de leyes estatutarias *(rahmengesetze)*, de decretos que declaran y desarrollan los estados de excepción *(ausnahmezustände)* o las leyes que aprueban tratados internacionales ratificados por el Congreso.

El control concreto para la defensa de los derechos fundamentales se ejerce por todos los jueces de Colombia. Se trata de una jurisdicción constitucional difusa, donde todos los jueces se convierten en jueces constitucionales para resolver sobre las acciones (de tutela) para la protección inmediata de los derechos fundamentales —incluso los derechos sociales. Los jueces constitucionales deben decidir la demanda en 10 días, y el superior en 20 días en caso de apelación. Todas las sentencias en materia de derechos fundamentales que dicten los jueces son remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión constitucional. Esta consiste en una selección de los casos en los cuales la Corte considera debe dictar jurisprudencia para unificar la doctrina constitucional o resolver un asunto de gran relevancia. La gran ventaja del sistema difuso de protección constitucional con control eventual de la Corte Constitucional, frente al sistema de control constitucional concentrado, consiste en que los ciudadanos tienen un acceso inmediato a una respuesta pronta de la justicia, todos los jueces como jueces constitucionales se sienten vinculados por la Constitución y se evita la congestión de los procesos que se presenta en otros países como Alemania y España. En otro lugar he señalado que la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales se distingue

en Colombia por siete características: es una jurisdicción (i) de mínimos y no de máximos; (ii) constitucional y no legal; (iii) objetiva y no *ad hoc;* (iv) de precedente y no de derecho legislado; (v) difusa y no centralizada; (vi) en equidad y no de legalidad, y (vii) jurisdicción gradualista y no de absolutos. Más adelante mencionaremos algunas sentencias que muestran las mencionadas características.

6.4.1.3. Jurisprudencia constitucional de derechos sociales

La jurisprudencia constitucional —gracias el diseño institucional— ha protegido en Colombia activamente los derechos sociales a la seguridad social, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación y el mínimo vital.

6.4.2. Derecho a la seguridad social

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la normatividad infraconstitucional desde la óptica de los principios y derechos fundamentales. La sentencia SU-1023 de 2001 que aplicó la doctrina de la unidad de empresa para efectos de garantizar el pago a pensionados de empresa en liquidación. Es este el primer precedente que vincula en forma clara la responsabilidad de la compañía matriz por las actuaciones u omisiones de su subordinada en materia del respaldo económico para cubrir el pago de mesadas pensionales. De esta forma se intenta evitar que las subordinadas acaben insolventándose para eludir el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores. En otra sentencia, la SU-120 de 2003, la Corte ordenó la indexación de la primera mesada pensional con miras a proteger el poder adquisitivo del salario diferido de los trabajadores. Esta decisión hizo justicia parcial con los pensionados obligados a recibir una pensión devaluada en su poder adquisitivo luego de varios años de litigio hasta obtener su reconocimiento, al ordenar que las mesadas adeudadas al pensionado sean reajustadas para asegurar su capacidad real de compra. Dicha doctrina fue ratificada posteriormente en

sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006. Por otra parte, sucesivas sentencias de tutela del derecho al mínimo vital han protegido la seguridad social a miles de personas al ordenar el pago de pensiones y prestaciones sociales cuando la existencia digna de la persona se ve amenazada por el incumplimiento de los deberes sociales por parte del Estado o de los particulares (ST-426 de 1992, SU-995 de 1999).

6.4.3. Derecho a la salud

Una investigación realizada por el autor sobre el derecho a la salud y la justicia constitucional refleja los retos que enfrentan la sociedad y las instituciones políticas para su realización efectiva. Tales retos tienen que ver con el respeto a la vida, la integridad y la dignidad humanas. La posibilidad de acudir a la acción de tutela para evitar la vulneración del derecho fundamental a la salud, ha permitido brindar protección especial a grupos discriminados o marginados y a personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, entre ellos a menores de edad; personas con pronóstico no favorable de curación; mujeres embarazadas o luego del parto; las minorías étnicas; adultos mayores; personas con discapacidad; enfermos de SIDA; personas privadas de la libertad; personas víctimas de desplazamiento forzoso, o personas en situación de indigencia. La jurisprudencia constitucional ha servido igualmente para fijar el alcance del derecho fundamental a la salud mediante la delimitación de las obligaciones correlativas y sus titulares. Las sentencias constitucionales subrayan la corresponsabilidad que existe entre el titular del derecho, su familia, las entidades prestadoras del servicio, el patrón en caso de asalariados y el Estado, para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Ello porque la indefinición o falta de certeza sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los actores sociales favorece su desconocimiento, lesiona los principios de reciprocidad, solidaridad y dignidad humana, y fractura el orden social. La Corte Constitucional como instancia de reflexión jurídico-político ha servido como árbitro en la distribución de los beneficios y cargas del sistema de salud en caso de conflicto. También se ha ocupado de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad del diseño y funciona-

miento del sistema de salud para garantizar el acceso de todos al mismo y su calidad.

6.4.4. Derecho a la vivienda

Las sentencias de inconstitucionalidad del sistema de financiación para compra de vivienda a largo plazo C-700 de 1999 y C-747 de 1999, permitieron frenar el proceso de encarecimiento del crédito de vivienda con efectos expropiatorios suscitado entre otras por las elevadas tasas de interés y el cobro de intereses sobre intereses. La intervención de la Corte Constitucional llevó a la expedición de la Ley 546 de 1999, la cual ordenó que los créditos hipotecarios solo pudieran regularse por el Índice de Precios al Consumo (IPC). No obstante, varios bancos se han negado a reliquidar los créditos de vivienda de conformidad a lo ordenado por la justicia constitucional. Tal situación llevó a que la Corte Constitucional ordenara a las entidades de crédito terminar los procesos ejecutivos en contra de deudores morosos y reliquidar los créditos de vivienda de deudores morosos siguiendo los lineamientos establecidos en sentencias anteriores.

6.4.5. Derechos laborales

Algunos fallos constitucionales significativos en la materia incluyen, por ejemplo, la sentencia C-1064 de 2001 que ordenó la indexación de los salarios oficiales menores a dos salarios mínimos, de forma que el salario, ante el fenómeno de la inflación, como mínimo no pierda su poder adquisitivo. De esta forma se evitó que incluso los servidores públicos de inferiores ingresos en la escala salarial tuvieran que financiar el déficit fiscal en las finanzas del Estado con el ahorro estatal proveniente de no reajustar los salarios. Desde hace más de un lustro la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege a los trabajadores de la discriminación laboral al prohibir que, por ejemplo, la asignación de horas extras a los trabajadores se haga a favor de los no sindicalizados y para perseguir a los sindicalizados (SU-342 de 1995). La sentencia T-568 de 1999 aplicó el bloque de constitucionalidad y

reconoció el valor normativo de las decisiones de órganos de la OIT instituidos para la protección de los derechos del trabajador.

6.4.6. Derecho a la educación

La jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo —incluso de preescolar— como consecuencia de la demora de los padres en el pago de las mesadas a entidades de educación particulares (T-356 de 2001). Esta decisión se funda en el carácter de servicio público de la educación, pero también en razones de equidad.[223] En relación con la protección a víctimas del desplazamiento forzado, la Corte ha ordenado dar prioridad en la asignación de cupos educativos a familias víctimas de la violencia (decreto 2231 de 1989), con exoneración total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9º y los 15 años de edad.

6.4.7. Derecho al mínimo vital

El derecho fundamental innominado al mínimo vital fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-426 de 1992[224] y ha tenido a partir de esa fecha un amplio desarrollo. Con anterioridad al cambio constitucional de 1991, el incumplimiento en el pago de salarios o pensiones era un problema de

223 Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 33, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 206.

224 Se trataba de un caso de una persona de 69 años de edad, sin recursos económicos, que luego de haber solicitado la sustitución pensional, no había obtenido respuesta alguna de la entidad pública de seguridad social encargada del reconocimiento y pago de la prestación social. El interesado elevó acción de tutela contra la entidad pública omisiva por violación de su "derecho a la subsistencia". La Corte Constitucional brindó protección constitucional al afectado por desconocimiento del derecho fundamental a un mínimo vital que "es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de estado social de derecho que definen la organización política, social, y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución".

competencia de la justicia laboral, cuya resolución no correspondía a la jurisdicción constitucional, sino a la ordinaria. Mediante la adopción de la doctrina del mínimo vital, la Corte Constitucional estimó razonable que los derechos fundamentales afectados sean protegidos por vía constitucional cuando se presenta el no pago del salario, de la mesada pensional o del subsidio familiar a la mujer embarazada y estas prestaciones constituyen la única fuente de ingreso de la persona (SU-995 de 1999). La Corte Constitucional ha llegado incluso en sentencia de constitucionalidad C-776 de 2003 a declarar inconstitucional una reforma tributaria que pretendía adoptar una única tarifa de impuesto al valor agregado a todos los productos. Para la Corte tal medida desconoce el derecho fundamental al mínimo vital de los sectores más pobres de la población. De esta forma la Corte impuso un límite material —el mínimo vital— a la soberanía tributaria del Estado para salvaguardar los derechos sociales básicos. La Corte avanza así la tesis de que los derechos fundamentales no sucumben ante el cálculo utilitario de las variables macroeconómicas, sino que deben ser tenidos en cuenta por el legislador en el diseño e implementación de las políticas públicas.

6.5. Comparativismo de derechos sociales y el principio de no regresividad

No es posible aquí hacer un estudio comparado preciso sobre la protección de derechos sociales en otros países de América Latina. Por ello solo me limitaré a mencionar algunos ejemplos de los sistemas de México, Brasil, Argentina y Colombia para demostrar que la consolidación del estado social de derecho en el continente depende parcialmente del diseño constitucional que se adopte en cada país, con mayor razón si se tienen en cuenta la extendida desigualdad social que amenaza el goce integral e interdependiente de los derechos humanos y las limitaciones del sistema universal y regional para su protección. En esta esquemática presentación tendré especialmente en cuenta los instrumentos con que cuentan los diferentes estados para impedir el retroceso en la protección de los derechos sociales.

6.5.1. México

Pese a la legendaria Constitución social mexicana y al conocido recurso de amparo, el sistema de protección judicial de derechos sociales no es eficaz para la protección de derechos sociales. Esta situación se explica por diferentes factores. Las normas constitucionales no son entendidas en ese país por muchos jueces como vinculantes por su textura abierta; el recurso de amparo fue originalmente pensado como un control de constitucionalidad, pero luego se desnaturalizó convirtiéndose en un instrumento más amplio de control de legalidad, con lo cual perdió su original función.[225] A lo anterior se suma el formalismo de la tradición jurídica mexicana que lleva a los jueces a sujetarse al imperio de la ley y a exigir la configuración legislativa de los derechos fundamentales para aceptar que estos sean exigibles judicialmente.[226] Es frecuente en México que los derechos sociales sean entendidos como conceptos retóricos, por lo que poco cabe decir sobre ellos desde el derecho constitucional.[227] Por último, es conocida la posición de autoridades tradicionales en México sobre su rechazo a adoptar el modelo de estado constitucional de derecho con un Tribunal Constitucional con amplias funciones para la protección de la Constitución y los derechos fundamentales.[228]

Siendo la configuración legislativa de los derechos sociales un asunto de competencia legislativa, no existe en México juris-

225 Aramburu, A. "El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 333.

226 *Ibidem,* pp. 334-335.

227 Carbonell, Miguel, "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 41.

228 Cano, L. M. y Rodríguez, G., "Para interpretar nuestro juicio de amparo como medio de defensa de todos los derechos humanos", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005, p. 347.

prudencia relevante sobre el principio de no regresividad de los derechos sociales. Se trata del sistema constitucional donde los derechos sociales gozan de menor protección.

6.5.2. Brasil

La Constitución brasileña de 1988 reconoce una amplia carta de derechos en la cual se incluyen los derechos sociales. En sus artículos 1 a 3 se consagran los principios de la justicia, del estado social, del régimen democrático y republicano. La jurisprudencia constitucional ha derivado de la normatividad constitucional altos niveles generales de protección social.[229] En este contexto, algunos autores se preguntan sobre la posibilidad de desmontar, total o parcialmente, el sistema de seguridad social alcanzado hasta ahora en el país. Ingo W. Sarlet observa cómo la inseguridad en el ámbito de la protección social crece paralelamente a la reducción de la capacidad prestacional del Estado y de la sociedad, lo hace de central importancia la pregunta por la posibilidad de retrocesos en la protección de los derechos sociales. El autor considera que la mejor interpretación del marco constitucional brasileño impide un desmonte del estado social y de los derechos sociales que afecte principios y derechos mínimos necesarios para preservar la dignidad humana. El principio de no regresividad de los derechos sociales es deducido de los principios de Estado democrático de derecho, de dignidad humana, de máxima eficacia de las normas sobre derechos fundamentales y de protección de la confianza.[230]

Aun cuando la doctrina brasileña se esfuerza en defender la protección de los derechos sociales con fundamento en los principios de dignidad humana y mínimo existencial, lo cierto es que no existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Brasil sobre la materia.

---

229 Sarlet, Ingo W., "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efectividade do direito à saúde na Constituição de 1988", en *Diálogo Jurídico,* núm. 10, Janeiro 2002, Salvador-Bahía-Brasil, p. 334. Sarlet, año: 334.

230 *Ibidem,* pp. 346-347.

6.5.3. Argentina

La reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución de 1957 importantes derechos prestacionales. Ello fue posible por la recepción con jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Pese a la riqueza de normas constitucionales e internacionales vigentes en Argentina, "los derechos sociales no son considerados, en la mayoría de los casos, por los jueces como derechos subjetivos exigibles sino como normas programáticas, sujetas a la configuración legal".[231] Una excepción a la débil protección por vía judicial de los derechos sociales es el derecho a la salud.

Víctor Abramovich y Christian Courtis mencionan tres casos relevantes en materia de salud en Argentina. El primero es el caso de la Asociación Benghalensis y otros contra el Ministerio de Salud y Acción Social presentado ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, y cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 1 de junio de 2000. En dicho fallo se condenó al Estado a "dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del virus HIV/SIDA que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país", después de haber reconocido la legitimidad de un grupo de las ONG encargadas de luchar contra el SIDA para interponer, en nombre de todos los afectados por dicha enfermedad, el recurso de amparo tendente a la protección de dicho derecho social, que era negado aun cuando existía una norma legal que obligaba a la prestación del servicio médico a los enfermos de SIDA, en los mismos términos en que fue condenado el Estado.[232]

---

231 González, H. "El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de retroceso en Argentina", en Courtis, Ch., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006, p. 194.

232 Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 139-140.

El segundo caso es el caso conocido como Hospital Leónidas Lucero, en el cual la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, sostuvo que 34 enfermos de SIDA atendidos en dos hospitales diferentes tenían derecho no solo al suministro inicial, sino a la continuidad del tratamiento con retrovirales para su enfermedad por parte del Estado. De esta forma, el Estado no podía eludir su obligación aduciendo que ya había suministrado inicialmente lo medicamentos.[233]

Finalmente, en el caso de "María Cecilia Viceconte *vs.* el Estado Nacional Argentino", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo sostuvo que el Estado tenía la obligación de garantizar la producción y consecuente repartición de una vacuna contra la llamada Fiebre Hemorrágica Argentina, una enfermedad viral de fácil contagio que solo se presentaba en ese país, y que por ser poco rentable económicamente, los laboratorios privados habían decidido no producir, sin tener en cuenta que la enfermedad era mortal, y que dada su exclusiva locación geográfica, no era producida en alguna otra parte del mundo. Si bien el Estado sostuvo que ya había destinado una partida presupuestal para la vacuna, los jueces comprobaron serios retrasos en los cronogramas de la producción, lo que violaba su obligación de hacer frente a la enfermedad de manera eficaz y oportuna, razón por la cual el Estado fue condenado.[234]

En conclusión, Argentina presenta un desarrollo importante a nivel de la protección constitucional del derecho a la salud, en contraste con la protección brindada a los demás derechos sociales. Aun cuando la reforma constitucional de 1994 hizo vinculantes las normas internacionales de derechos humanos, incluso de derechos sociales, en el ámbito interno, Argentina no cuenta con una jurisdicción constitucional con suficientes garantías para llevar a cabo un proceso masivo de constitucionalización del derecho y consolidación del estado social de derecho.

---

233 *Ibidem,* pp. 143-144.

234 *Idem.*

6.5.4. Colombia

La Corte Constitucional colombiana reconoció la prohibición de regresividad de los derechos sociales en 1997 en los siguientes términos: "El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.[235] Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional".[236]

Con ello estableció tres reglas jurídicas: (i) se presume la inconstitucionalidad de medidas que implican un retroceso de las garantías sociales; (ii) los jueces deben ejercer un control estricto sobre dichas medidas, y (iii) la carga de la prueba de la necesidad inaplazable de las medidas regresivas recae en cabeza de las autoridades públicas.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha desarrollado el principio de progresividad de los derechos sociales y ha exigido el respeto de la prohibición de regresividad en diferentes ocasiones. Ellas tienen que ver con la defensa del principio de confianza legítima; la defensa de sujetos de especial protección constitucional —mujeres, ancianos, discapacitados— ante los procesos de ajuste estructural y reducción de la administración pública (sentencias SC-038 de 2004, ST-1030 de 2005 y U-388 de 2005); la exigencia de un proceso decisorio racional cuando se diseñan y ejecutan políticas públicas sociales (sentencia ST-595 de 2002); la exigencia de proporcionalidad entre las medidas regresivas y los derechos sociales promovidos por ellas (sentencia T-739 de 2004); el respeto del principio de razonabilidad

235 Al respecto, véase, entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

236 Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002, ministerio público: Eduardo Montealegre Lynett.

(sentencia SC-040 de 2004); el deber de evaluación sistemática e integral del impacto de la medida sobre los derechos sociales (sentencia SC-776 de 2003); el deber de aplicar el derecho internacional de derechos humanos (sentencia ST-025 de 2004).

La extensa y variada jurisprudencia constitucional en defensa de los derechos ha permitido al autor formular un *test* de constitucionalidad de las medidas regresivas, de forma que los jueces cuenten con un instrumento adecuado para establecer la violación de los derechos sociales fundamentales.[237]

6.6. Estrategias para la integración latinoamericana mediante el derecho constitucional de los derechos sociales

El constitucionalismo social combina diferentes garantías para proteger los derechos sociales fundamentales. Ellas se sitúan a nivel nacional e internacional. A continuación se relacionan algunas estrategias para asegurar la garantía de los derechos sociales a nivel nacional y regional. Estas estrategias combinan las dimensiones política, social y judicial. Son ellas la "resistencia constitucional", de la democratización de la sociedad mediante la participación y el control judicial de las políticas públicas a partir del baremo crítico del nivel de cumplimiento de los derechos sociales.[238]

6.6.1. Resistencia constitucional

Los procesos de ajuste estructural, flexibilización de la legislación laboral y tercerización de las relaciones de trabajo, expresión del

[237] Véase Arango, Rodolfo, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional", en Cepeda, M. J. y Montealegre, E. (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007, pp. 87-163.

[238] Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia,* serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 33, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 66-80.

avance incontrolado del proceso de globalización económica, exigen de una contrapartida en defensa de los derechos sociales fundamentales. Se requiere de una activa "resistencia constitucional" desde las máximas instancias judiciales. En Colombia, la Corte Constitucional ha ejercido la resistencia constitucional en sus decisiones en los siguientes casos: (i) al condicionar la constitucionalidad de la norma legal sobre Comisiones Nacionales de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios a que se hiciera efectiva la participación de los usuarios de servicios públicos en dichas comisiones (SC-150 de 2003); (ii) al ordenar al Ministerio de Protección Social que en un plazo no superior a seis meses diseñara, adoptara y ejecutara un programa que garantizara efectivamente los derechos de los trabajadores temporales (ST-1101 de 2001); (iii) al declarar la inconstitucionalidad del sistema de financiación para adquisición de vivienda a largo plazo, y (iv) al proteger los derechos de desempleados vendedores ambulantes frente a las medidas administrativas de recuperación del espacio público (ST-883 de 2002).

6.6.2. Movilización social en defensa de derechos sociales

La eficacia de las normas constitucionales depende de una creciente democratización de la sociedad por vía de la ampliación y el mejoramiento de los servicios de salud y de educación, la participación pluralista e igualitaria en los medios masivos de comunicación, el acceso masivo a la propiedad agraria y al crédito y, por sobre todo, la modernización de los partidos y movimientos políticos. La garantía de los derechos sociales debe ir de la mano de la construcción de una ética civil basada en los valores constitucionales. La pretensión de universalidad de ciertos valores que les permite servir, digámoslo así, de "cemento de la sociedad", es un componente central para cualquier organización política estable.

La consagración de dichos derechos a nivel constitucional debe ser acompañada de la movilización social. Los derechos humanos —liberales y sociales— solo pueden convertirse en una realidad tangible si la población está dispuesta a salir a la calle

para hacerlos respetar. La activa participación pública de la comunidad, en particular de grupos organizados como los deudores de vivienda, las comunidades indígenas y los sindicatos, incentiva la democratización y emancipación social.[239] El activismo judicial de la Corte Constitucional —contra lo esperado por parte de sectores críticos y escépticos del derecho— ha contribuido a la movilización contrahegemónica[240] en defensa de los derechos sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las redes sociales y la coordinación de sus estrategias de acción.

6.6.3. Control de políticas públicas

Una estrategia que combina la acción política, social y judicial es el control judicial de las políticas públicas sociales diseñadas y ejecutadas por el legislativo y el ejecutivo. Dado que la realización de los derechos sociales requiere la ejecución de medidas de largo plazo, los movimientos sociales deben asumir el control de las políticas públicas diseñadas y desarrolladas para tal fin. La responsabilidad política —*political accountability*— por el incumplimiento en la adopción, diseño y ejecución de medidas necesarias para satisfacer las obligaciones sociales del Estado y de los particulares, puede ser efectiva si se acompaña de la exigibilidad judicial de los derechos sociales ante el grave incumplimiento. La justicia constitucional cumple una importante función de control de la razonabilidad de diseños institucionales y la ejecución de políticas públicas en el campo social, de forma que no baste al Estado pretextar que la ley o la administración son los encargados de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales.[241] Baste aquí mencionar como ejemplo la sentencia T-149 de 2002

239 García-Villegas, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201 y ss.

240 Saffon, María Paula, "Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court", en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533y ss.

241 Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia, cit.,* p. 80.

de la Corte Constitucional, mediante la cual se protegió el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a un subsidio para personas mayores en situación de indigencia en un caso donde la administración no había suministrado la información adecuada necesaria para hacerse acreedor al subsidio.[242]

Otras estrategias políticas tienen que ver con la formulación de una Carta Social Latinoamericana que fortalezca las funciones de la Corte IDH en esta materia, así como el apoyo al Protocolo del PIDESC.

6.7. Conclusiones

El proceso de globalización económica tal como es practicada actualmente posee efectos contraproducentes para la integración latinoamericana. Los tratados bilaterales de comercio promovidos por Estados Unidos más que unir, dividen a los países latinoamericanos. Además, los acuerdos económicos que no tienen en cuenta la inestable realidad política y la enorme brecha entre los pocos sectores ricos de la población y los millones de pobres del continente, son potencialmente inestables. El derecho internacional privado, comercial y financiero refuerza la dependencia económica del Sur respecto del Norte y no toma suficientemente en cuenta la realidad social y política de las poblaciones afectadas por el avance del comercio y la explotación de los recursos naturales.

El derecho internacional de derechos humanos —tanto a nivel universal como regional— cumple una función importante para la integración al fijar los parámetros normativos que deben respetar los Estados. Pero la acción de los organismos internaciona-

[242] En esta oportunidad la Corte sentó el precedente, según el cual, "la administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 de la Constitución política), el cual incluye no solo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que este tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones".

les de derechos humanos no basta para fomentar la integración. Debe existir, además, claridad sobre la importancia de superar la extrema desigualdad material y construir un consenso en torno a la importancia de consolidar el Estado social de derecho. Para combatir los obstáculos a la integración debe avanzarse en la construcción de una doctrina constitucional de derechos sociales que sea el fundamento del crecimiento común en libertad.

Es muy importante defender el avance en los derechos sociales y sus mecanismos de protección mediante el derecho constitucional comparado, para así contribuir a la consolidación del Estado social de derecho. En este proceso corresponde a las cortes o tribunales constitucionales un rol central en la defensa del principio de no regresividad de los derechos sociales, como lo demuestra con énfasis el caso colombiano. Un vistazo al diseño y funcionamiento del sistema nacional de protección de derechos sociales en cuatro países de latinoamérica muestra como México, fundado en el principio de legalidad, tiene una baja protección de los derechos sociales, al igual que Argentina salvo el caso del derecho a la salud. En ambos países no existe una Corte o Tribunal Constitucional encargado de la defensa de la integridad de los derechos humanos. La doctrina constitucional en Brasil es conciente de la importancia de defender la no regresividad de los derechos sociales. Colombia, por sobre todo, goza de un sistema de protección de derechos fundamentales que incluye los derechos sociales y que ha permitido un rápido desarrollo del estado social de derecho, pese a las limitaciones de la inestabilidad política y desigualdad económica en el país.

Para concluir, ante la realidad del comercio mundial y la reducida función de estabilización política que juega el actual derecho internacional privado en el continente, es importante focalizar los esfuerzos académicos, prácticos y teóricos, al desarrollo del comparativismo constitucional de derechos sociales con el fin de contribuir a la consolidación de verdaderos estados sociales de derecho en el continente.

7. Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro

7.1. Introducción

En la última década los derechos sociales, a saber los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, han tenido un creciente protagonismo en los países iberoamericanos,[243] en la doctrina de

---

Este trabajo se incluye en el libro *Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, coordinado por Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Lumen Juris, Río de Janeiro 2010.

243 Diez-Picazo, L. M. y Ponthoreau, M. C. (eds.), *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, Florence, 1991; Nino, C. S., "On Social Rights", en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1993, pp. 295-299; Arango, R., "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en *Pensamiento Jurídico 8*, Bogotá, 1997, pp. 63-72; Gomes Canotilho, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Comibra, 1997; Peces-Barba, G., "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998, pp. 15-34; Pisarello, G., "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", en Carbonell, M.; Cruz Parcero, J. A. y Vázquez, R. (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías,* México, 2001, pp.113-138; Sunstein, C. R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", en *U. of Chicago Public Law Working Paper,* núm. 12, Chicago 2001; Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002; Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005; Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos socia-*

tratadis- tas[244] y organismos de derechos humanos,[245] así como también, aunque en menor medida, en la jurisprudencia de la Corte IDH.[246] Los derechos sociales han adquirido importancia tanto en el discurso político como en la práctica de los movimientos sociales hasta el punto de obtener un creciente reconocimiento en los estratos judiciales.

En vista de estas transformaciones políticas y jurídicas, es posible afirmar que los sistemas regional e internacional de protección de derechos humanos presentan un avance perceptible pero insuficiente para la realización de los derechos sociales en Iberoamérica. La insuficiente realización de los derechos sociales en la práctica puede ser enfrentada, entre otras estrategias, con el establecimiento de los derechos sociales a nivel nacional y su aseguramiento mediante un sistema de protección óptimo; con la garantía adicional de los mismos a nivel regional e internacional, y con su apropiación por parte de la población en la práctica política y jurídica. La anterior tesis será sustentada a continuación en tres pasos: (i) La situación actual de los derechos sociales; (ii)

les, Buenos Aires, 2006; Escobar Roca, G., *Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006; Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción,* Madrid, 2007; Pérez, L. E.; Rodríguez C. y Uprimny, R., *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, 2007; Chacón Mata, A. M., *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007; Alexy, R., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007; Pereira de Souza Neto, C. y Sarmiento, D. (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.

244 Craven, M. C. R., *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford, 1995; Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and the Decent Life,* Oxford, 2000; Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2ª ed., Dordrecht, 2001; Chapman A. y Russell, S. (eds.), *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Mortsel, 2002.

245 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, *El Nuevo Orden Económico Internacional y la promoción de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá 1993; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, 2004.

246 Corte IDH, caso "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.

La problemática de los derechos sociales en Iberoamérica, y (iii) Estrategias para enfrentar los desafíos a la su realización.

El interés teórico y práctico por los derechos sociales crece en forma directamente proporcional al aumento de la desigualdad y de la pobreza en el mundo.[247] El gran reto político y teórico consiste en que estos derechos no se conviertan en una utopía irrealizable más y en una nueva frustración para los excluidos de los beneficios del progreso. Para evitarlo los avances doctrinarios son indispensables, siempre que se acompañen de una movilización social activa, la cual puede ser promovida activamente desde y por los organismos de defensa, protección, garantía y promoción de los derechos humanos y fundamentales.

7.2. La situación actual de los derechos sociales

1. La actual depresión económica mundial, iniciada según algunos por la especulación financiera con préstamos sin respaldo y, por otros, derivada de la sobreproducción industrial de las grandes potencias, evidencia una crisis del modelo librecambista y de mera acumulación de capital. Sea la avaricia especulativa de los grandes capitales o la producción industrial a bajos precios en la competencia entre China, India e Indonesia contra Occidente, lo cierto es que hoy el mundo es más pobre y los pobres más pobres. Esta situación representa un tangible retroceso de los derechos sociales, también en los países iberoamericanos.

1.1. Luego de décadas de avance del capitalismo trasnacional la realidad es desoladora. La privatización de los servicios públicos esenciales —acueducto y alcantarillado, salud, telefonía y televisión, electricidad, aseo— denota un retroceso del Estado como garante principal de la satisfacción de los derechos sociales para todos los miembros de la población, no solo para aquellos quienes pueden cancelar las crecientes tarifas de dichos servicios. La alta participación de empresas trasnacionales proceden-

[247] Pogge, T., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos,* Barcelona, 2005; Milanovic, B., *La era de las desigualdades*, Madrid, 2006; Baderin, A. y McCorquodale, R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action,* Oxford, 2007; Reinert, E. S., *La globalización de la pobreza*, Barcelona, 2007.

tes del mundo industrializado es un signo claro del proceso de recolonización de los países de Iberoamérica. Empresas españolas, como la Triple A, Sanitas o Telefónica, francesas como Carrefour, a alemanas como Siemens, se apropian de la prestación de servicios públicos y el suministro de bienes y servicios técnicos. Bien sabido es que las condiciones tarifarias —así como los garantías de seguridad a la inversión que eliminan todo riesgo a los operadores económicos— son impuestas por las multinacionales a los Estados necesitados de inversión extranjera para la generación de empleo. En el caso de los servicios públicos esenciales tales tarifas garantizan el flujo de recursos económicos del Sur al Norte, como también lo hace el sistema financiero internacional —BM, Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID)—, de forma que se asegure el buen nivel de vida de la población de los países desarrollados, excluidos los inmigrantes.

1.2. No solo la incapacidad económica o empresarial de los países latinoamericanos, sino también la competencia, cada vez más exigente y cerrada de las grandes potencias, y la ideología del fin de los estados de bienestar, explican el agravamiento del acceso de la población pobre a los servicios sociales básicos. La mercantilización del agua, de los alimentos básicos, de los servicios públicos esenciales de aseo, acueducto, salud, comunicaciones, etc., pugna contra el principio constitucional de universalidad de los derechos sociales, así como contra los compromisos internacionales de los Estados miembros de la ONU y la OEA para la realización integral de los derechos humanos.

1.2.1. El caso de la salud en Colombia es un buen ejemplo del retroceso en la protección de los derechos sociales.[248] Pese a avances importantes en la primera década, luego de la reforma constitucional de 1991 que universalizó la garantía del derecho a la salud, con un perceptible avance en el cubrimiento del servicio público de la salud, lo cierto es que la privatización de la prestación del servicio público y el ánimo de lucro que impera en las entidades prestadoras de la salud evidencian fallas significativas

[248] Parra, Oscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2002; Restrepo, J., "El seguro de salud en Colombia ¿Cobertura universal?", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, núm. 2, Bogotá, 2002.

del diseño institucional, bien sea en el diseño de la política pública como en su ejecución administrativa, en especial en materia de supervisión y control por parte de agencias administrativas del Estado.[249]

1.2.2. Una sentencia que diagnostica ampliamente las falencias de la prestación del servicio público de la salud por particulares fue proferida por la Corte Constitucional de Colombia. Se trata de la sentencia T-760 de 2008. En esta decisión de control constitucional a la política pública en materia del derecho a la salud se ven reflejadas todas las contradicciones en materia de garantía del derecho fundamental en cabeza de todos los habitantes del país y el medio elegido por el constituyente colombiano y el legislador para la realización de este derecho. En resumen, el ánimo de lucro en la prestación, la ineficacia del control del Estado y la alta desprotección de amplios sectores de la población debido a un inexistente o deficiente cubrimiento del servicio, son factores que contribuyen a la violación sistemática y flagrante de los derechos sociales.

1.3. El retroceso en la protección de los derechos sociales viene acompañado de la reducción del tamaño del Estado como consecuencia de la ideología neoliberal y los ajustes estructurales exigidos por organismos internacionales de crédito como el Fondo Monetario y el BM. Mientras que el Estado se desmonta de la prestación de los servicios públicos básicos en los países emergentes, las reformas tampoco aciertan a dotar a las autoridades públicas de los instrumentos, procedimientos y recursos adecuados para una vigilancia y control efectivos sobre las actividades de los particulares en la materia.

1.4. La persistencia del neocolonialismo en el siglo XXI, de la mano de las multinacionales, también se ve reflejada en la explotación minera y de recursos naturales con destrucción de la selva amazónica y los páramos. En países de Latinoamérica son pan de todos los días los megaproyectos de extracción minera —petróleo, carbón, cinc, níquel, oro, aluminio, maderas preciosas, entre

[249] Arango, R., "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional", en Cepeda, M. J. y Montealegre, E. (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, 2007, pp. 87-163.

otros— con la aquiescencia de los gobiernos y la presión del capital internacional que conducen al desplazamiento de comunidades aborígenes o de campesinos, expulsados de sus tierras a manos de hábiles intermediarios. Solo la denuncia internacional por vía de organizaciones no gubernamentales o por la movilización política de los indígenas o de las poblaciones tribales han permitido, en ciertos casos, neutralizar el desenfreno del capital inversionista.

1.5. El aumento de la brecha entre ricos y pobres, entre incluidos y excluidos, entre pocos partícipes del desarrollo capitalista y los muchos abandonados a su suerte por el retroceso del Estado social de derecho, conlleva un aumento de la criminalidad y la destrucción del tejido social. El caso del tráfico de narcóticos y su penalización fomentan la criminalidad en Colombia, México, el Caribe y recientemente Venezuela, países donde se concentran las cadenas de producción y de transporte del alcaloide. Mientras la comunidad internacional no entienda que la mejor manera de combatir el fenómeno cultural de las drogas es la educación y no la represión, el continente americano estará condenado a librar una guerra perdida contra el poder criminal de un negocio con réditos económicos superiores a los del petróleo.

2. La crisis del modelo liberal capitalista es aún más grave si tenemos en cuenta la no disposición de un modelo político alternativo. La caída o la crisis del socialismo de Estado —en Cuba, en Alemania Oriental y en los países de la Cortina de Hierro— restan esperanzas a esta opción histórica. La fórmula político-económica del Estado social de derecho enfrenta en Europa los embistes de la globalización de la economía desde hace décadas, la cual presiona por el desmonte de las garantías sociales a las clases trabajadoras y a los sectores deprimidos que van quedando en el camino de la homogenización del mercado laboral así como de la sociedad (véase para la muestra la generalización de la televisión gringa y la basura cultural que exporta homogéneamente a todos los rincones de la tierra).

2.1. La insuficiencia de la respuesta del Estado social de derecho en materia de protección, promoción y garantía de los derechos sociales, es manifiesta frente a las cifras de pobreza, trabajo informal (*ca.* el 60% de la población) o desnutrición y mortalidad

infantil.[250] El aumento de las demandas ciudadanas y la manifiesta incapacidad de los sistemas de justicia en Iberoamérica para tramitar las demandas por realización mínima de derechos sociales, esclarecen la situación real de estos derechos en la práctica.

2.2. El abandono de la economía social de mercado y el desmonte del Estado social de derecho en Europa son igualmente manifestaciones preocupantes del retroceso de las garantías institucionales a los derechos sociales. Parece cuestión de tiempo que las conquistas políticas en el ámbito laboral y de seguridad social se desvanezcan sin que encuentren un discurso, un proyecto y un modelo alternativo al liberalismo capitalista compatible con la realización de los derechos sociales.

3. Ante el cierre de alternativas al modelo del capitalismo liberal y al del socialismo de Estado, es comprensible el renacer del interés por las obras de Marx. No solo sus análisis sobre las crisis cíclicas del capitalismo o sobre la acumulación creciente de capital en pocas manos en desmedro de la participación de las clases oprimidas cobran decidida actualidad. También lo hace su denuncia de la manipulación que mediante el discurso de los derechos humanos se hace con fines de legitimar regímenes políticos despóticos.[251] El renovado interés por Marx y el coqueteo con modelos totalitarios de Estado asentados en economía centralizada y aparato burocrático administrativo, se ven como una opción no del todo descartable para jóvenes desesperanzados frente a la dureza e injusticia de la realidad actual.

3.1. Un primer hecho que reafirma el interés por Marx y por su denuncia de los derechos individuales como expresión de la ideología burguesa, es la negativa a reconocer el igual estatus de los DESC frente a los derechos civiles y políticos (DCP).[252]

---

250 Garay, L. J. y Rodríguez, A. (eds.), *Colombia: Diálogo pendiente*, Bogotá, 2005, pp. 225 y ss.

251 Marx, Karl, "Sobre la cuestión judía", en *Escritos de Juventud*, FCE, México, 1982, pp. 463-490.

252 Véase entre otros autores a Böckenförde, E. W., "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, 1993; Laporta, F., "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 297-326.

Los renovados pero fallidos intentos en Europa de dotar a los DESC de igual fundamentalidad que la reconocida a los DCP, por ejemplo al incorporar una ambiciosa Carta de Derechos Sociales al proyecto de Constitución de Europa,[253] reafirman el análisis de clases sociales y formas de producción popularizado en sus escritos por Marx. Mientras que los DCP son reconocidos como fundamentales en cabeza de los nacionales con ciertos privilegios —clase burguesa—, los derechos sociales son degradados a meras aspiraciones del proletariado —clase proletaria—, que deben conquistarse en la arena política y recibir consagración legal como derechos de desarrollo progresivo, no exigibles directamente ante los jueces. Este trasfondo político e ideológico que diferencia entre tipos de derechos ha sido proscrito a nivel de las declaraciones internacionales de derechos humanos.[254] No obstante, falta aún mucho trecho para que tal proscripción se traduzca en una efectiva igualdad de trato jurídico en su reconocimiento judicial y su goce efectivo por parte de toda la población.

3.2. Las dificultades en la expedición de un tímido Protocolo Facultativo adicional al PIDESC para proteger más efectivamente los derechos sociales, entre otras, mediante la consagración de la posibilidad jurídica de elevar reclamaciones individuales por vulneración de los compromisos internacionales adoptados por los Estados que han ratificado el Protocolo, también alimentan el escepticismo hacia la realización de estándares mínimos de justicia social en el Estado capitalista.

3.3. La angustia social como consecuencia de los procesos de ajuste estructural que buscan reducir el tamaño del Estado; el desmonte de garantías laborales por vía de la tercerización de las relaciones laborales; el auge de las empresas de servicios temporales que escamotean los derechos y las garantías sociales de los trabajadores; la pérdida de poder adquisitivo del salario en estratos asalariados con ingresos laborales más bajos por el hecho de que la inflación golpea con mayor fuerza a los sectores

253 Herrera, C. M., *Les droits sociaux,* París, 2009, pp. 99 y ss.

254 ONU, Resolución 32/130 de la Asamblea General, 16 de diciembre de 1977 —en que se afirma que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes—; Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (Viena).

desfavorecidos de la población; el abandono de los ideales y de los principios de una política social humanista; los retrocesos en el cubrimiento de la seguridad social en salud y pensiones; todos estos son síntomas innegables de que la lógica de negocios y del enriquecimiento individual triunfa por el momento sobre la vigencia efectiva de derechos humanos.

Pero veamos de qué forma se refleja la situación descrita sobre la realidad de los países emergentes de América Latina.

7.3. La problemática de los derechos sociales en América Latina

La situación de los derechos sociales en América Latina presenta síntomas adicionales a los anteriores que tienen relación con las particularidades de la débil posición negociadora de los países emergentes en el contexto de la globalización económica.

1. Retrocesos concretos de las economías latinoamericanas ante el avance del capitalismo global se ven reflejados en los tratados de libre comercio firmados por diferentes países. La asimetría entre las economías del Norte y las del Sur; el desigual intercambio de materias primas por bienes industriales intensivos en tecnología; los desequilibrios en el nivel de desarrollo económico, social y de estabilidad política entre las poblaciones de los países industrializados y los países no o incipientemente industrializados; la dependencia del crédito externo; todos estos son elementos que llevan a poner en duda las posibilidades de universalizar el goce y el disfrute de los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social, al esparcimiento en el tiempo libre.

2. A lo anterior es necesario adicionar las asimetrías existentes en las economías del continente americano. Potencias como Brasil o México —salvo zonas abandonadas y excluidas del progreso— no son comparables con economías menores como las de Haití, Bolivia, El Salvador o Ecuador. Dichas asimetrías dificultan el proceso de integración latinoamericana con miras a mejorar la posición negociadora frente a otros bloques económicos como los representados por Estados Unidos o la Comunidad Europea.

3. Los procesos políticos en los países de Iberoamérica son igualmente desiguales, con las complejidades que ello trae aparejado en conciencia sobre la importancia de los derechos humanos en las relaciones internas e internacionales. El ingreso *per capita* es también desigual en la región y al interior de los diferentes países, lo cual hace necesario pensar en sistemas de compensación y cooperación económica aún no disponibles en el continente americano. El proceso de integración europeo tiene como condición economías industrializadas que jalonan el proceso político, incluso hasta el extremo de poder incluir a los antes países socialistas. Si bien Brasil, México y Argentina podrían jugar el papel de economías "jalonadotas de progreso", lo cierto es que el proceso de integración latinoamericano es aún incipiente y su posibilidad dudosa ante el incipiente grado de desarrollo político y económico de los diferentes países del área.

4. Las diferencias étnicas y culturales son igualmente considerables. Este hecho sociológico exige de una visión diferenciada de los derechos sociales en lo que concierne a su cumplimiento. Una visión diversificada que tenga en cuenta las particularidades de los diferentes pueblos y culturas es un desafío adicional al proceso primariamente económico que ha caracterizado la integración de las naciones europeas. La ejecución de tratados de libre comercio firmados entre países no desarrollados y Estados Unidos, por ejemplo, puede conducir a la violación masiva de los derechos humanos de comunidades étnicas y culturales, como ha quedado en claro con el enfrentamiento entre fuerzas del orden en Perú y comunidades indígenas opuestas al TLCAN con el país del Norte.[255]

5. Un quinto factor que agrava las posibilidades de realización plena de los derechos sociales en la región obedece a la insuficiencia del diseño y del funcionamiento institucional en nuestros países. Estas deficiencias llevan implícitas barreras u obstáculos conceptuales, ideológicos y presupuestales.

5.1. Las barreras conceptuales a los derechos sociales han sido señaladas insistentemente por teóricos del tema. En espe-

[255] *http://www.losandes.com.pe/Nacional/20090523/22458.html* (consultado 07.05.2009).

cial se ha anotado que no existe diferencia estructural significativa entre DCP y derechos sociales[256] para efectos de su reconocimiento judicial. Un problema conceptual más profundo es el teórico. Este tiene que ver tanto con aspectos conceptuales como prácticos.

5.1.1. El concepto de derechos subjetivos sigue vinculado a las tradicionales teorías de la voluntad y del interés. Frente a tal realidad teórica es necesario abstraer más para definir el concepto de derechos subjetivos de forma que estos sean entendidos como posiciones normativas de un sujeto —individual o colectivo— para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a dicho sujeto.[257]

5.1.2. Respecto a los conceptos de derechos fundamentales y de derechos humanos, al igual que en relación con el concepto de derechos subjetivos, han corrido ríos de tinta en la literatura moderna y contemporánea, tanto jurídica, como ética y política, y aún queda mucho por clarificar. Un concepto defendible, por lo practicable y sencillo, es el que define los derechos fundamentales "como derechos subjetivos con alto grado de importancia",[258] grado que se observa indiscutiblemente en la inclusión de ciertas posiciones normativas en las constituciones nacionales bajo la forma explícita de derechos fundamentales.[259]

5.1.3. La no apropiación del discurso de los derechos por poblaciones excluidas y la ausencia de una debida difusión de las

256 Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, nota 1, pp. 47 y ss.

257 Arango, R., "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional"..., *cit.*, nota 1, p. 298.

258 Arango, R., "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional"..., *cit.*, nota 1, p. 31.

259 Lo anterior no significa, claro está, la imposibilidad de defender y obtener reconocimiento de derechos fundamentales innominados a partir del texto constitucional. El ejemplo del derecho fundamental innominado al mínimo vital necesario para la satisfacción de las necesidades básicas se encuentra en la jurisprudencia constitucional colombiana. Véase Arango, R. y Lemaitre, J., "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital"..., *cit.*, pp. 7-74.

posibilidades de estrategias combinadas y coordinadas, son impedimentos adicionales que atentan contra la efectiva realización de los derechos sociales. En el primer caso, el profesor Víctor Abramovich ha llamado la atención sobre la necesidad de diseñar estrategias jurídico-políticas para asegurar la satisfacción de los derechos sociales.[260] Otros teóricos han subrayado además la existencia de un sistema de garantías de los derechos humanos, en particular de los derechos sociales que se caracteriza por sus múltiples niveles y sus mecanismos y procedimientos que aseguren su vigencia.[261]

5.1.4. Una limitante conceptual adicional tiene relación con el abuso de la retórica de los derechos. Diferentes autores han advertido sobre los peligros que se ciernen sobre el disfrute real de los derechos como consecuencia de un uso exclusivamente simbólico o legitimador del discurso jurídico.[262]

5.2. Las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Es necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales,[263] que debe ser reemplazada por

260 Abramovich, V., "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", en Zalaquett, J. (coord.), *Grupo de Reflexión Regional. Temas de derechos humanos en debate*, Santiago de Chile, 2004; Alegre, M., "Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?", en Gargarella, Roberto (coord.), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid, Miño y Dávila Editores, 2005, pp. 59-78.

261 Pisarello, G., "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel", en *Los derechos sociales y sus garantías* (...), *op. cit.*, nota, pp. 123 y ss.; Courtis, C., "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en Gargarella, R. *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006, pp. 169-184.

262 Tushnet, M., "An Essay on Rights", en *Texas Law Review*, vol. 62, núm. 4, pp. 1363-1403; García, M. "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Uprimny, R.; Rodríguez, C. y García, M. (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233, aquí pp. 221 y ss.

263 Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª reimp., México, 1990, p. 7.

una teoría social de los derechos, construida a partir de la reflexión crítica del discurso de los derechos.[264] A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC (también designados como Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) cuando incluyen los derechos ambientales).

5.3. A las barreras conceptuales e ideológicas se suman los obstáculos presupuestales, especialmente problemáticos en sociedades con altos niveles de pobreza y de desigualdad. Los problemas de acceso a instancias de decisión política impiden a la población ganar el reconocimiento de los derechos sociales en la arena política, como lo pretenden entre otros autores Ernst Wolfgang Böckeförde,[265] Jürgen Habermas,[266] Francisco Laporta[267] o Fernando Atria,[268] este último en el ámbito latinoamericano. En contextos de crasa desigualdad un activismo judicial a favor de los derechos sociales no solo es bienvenido sino aconsejable.[269]

---

264 Sen, A. K., "Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos", en *Estudios de Filosofía y Derecho,* núm. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 11-42; Ari Mello, C. (coord.), "Os Desafios dos Directos Sociais", en *Revista do Ministerio Público do Rio Grande do Sul*, núm. 56, sep-dic, 2005.

265 Böckenförde, E. W., *op. cit.,* nota 10.

266 Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, p. 489; Habermas, J., *La inclusión del otro*, Barcelona, 1999, p. 197.

267 Laporta, F., *op. cit.,* nota 10.

268 Atria, F., "¿Existen los derechos sociales?", en *Doxa. Discusiones: derechos sociales,* núm. 4 (2004), pp. 15-59.

269 Arango, R., "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, Oxford, 2003, pp. 141-154; Uprimny, R., "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en Gargarella, R. *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?..., cit.,* Aldershot, 2006, pp. 127-152; Gargarella, R., "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?" en Arango, R., *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, 2007, pp. 377-408; Saffon, M. P., "Can Constitutional

Esto porque el clientelismo, la apatía política de buena parte de la población descreída del proceso democrático y la dificultad de movilización popular por vía del derecho, están a la orden del día. Es necesario superar el escepticismo frente a la política tradicional que impide la participación en la política económica y en las decisiones distributivas a buena parte de la población. Por eso de la mano del reforzamiento de los mecanismos judiciales para proteger los derechos sociales es necesario avanzar en un proceso de aumento de la conciencia moral, de judicialización de los derechos y de activismo político para su efectiva realización.

Veamos, por último, algunas estrategias para enfrentar la problemática de los derechos sociales y modificar gradualmente el contexto político, económico, social y cultural necesario para su realización efectiva en Iberoamérica.

7.4. Estrategias para la realización de los derechos sociales

Cualquier percepción de la realidad de nuestros países pasa por el conocimiento de experiencias particulares que pueden contribuir en la búsqueda de salidas a la situación de pobreza y de desigualdad. Un ejemplo que tengo a la mano y que deseo mencionar es el caso colombiano. El relativamente exitoso diseño institucional de los organismos y de los procedimientos constitucionales para la defensa de los derechos sociales a nivel nacional justifica ocuparnos de esta experiencia constitucional, no sin advertir que ella muestra aún enormes brechas entre ricos y pobres y alto grado de desigualdad e inequidad sociales. No obstante, en términos generales la jurisprudencia constitucional colombiana es progresista,[270] pese al contexto de conflicto armado que vive hace más de cuarenta años el país. A continuación se exponen sintéticamente algunas estrategias para enfrentar la problemática

Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court", en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567.

270 Uprimny, R., *op. cit.,* nota 27; Saffón, M. P., *op. cit.,* nota 27.

de la situación mundial y regional de los derechos sociales.[271] Tal reflexión es inspirada en el caso colombiano pero también toma en cuenta algunos casos de otros países latinoamericanos.

1. Las estrategias jurídicas versan básicamente con la determinación de cuáles son los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, cuál es el alcance de su contenido; quiénes son sus titulares y obligados; y cómo se establecen sus límites.

1.1. La definición de los derechos sociales en la Constitución colombiana de 1991 no fue clara. Al ser enlistados en un capítulo diferente al capítulo de los derechos fundamentales, se pensó en un primer momento que el constituyente colombiano había querido diferenciar entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, al reconocer a los primeros el carácter de derechos fundamentales mientras que a los segundos simplemente el carácter de derechos de desarrollo legal progresivo. No obstante, la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones en el año 1992, restó fuerza normativa al argumento a rúbrica como criterio para la determinación de los derechos fundamentales. La fundamentalidad de un derecho no depende, así la jurisprudencia constitucional, de cómo estén organizados los derechos constitucionales en el texto constitucional, esto es, cómo estén rubricados.

El debate sobre el carácter fundamental de los derechos sociales no es meramente teórico. De esta propiedad depende en Colombia la posibilidad de acudir a la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales violados o amenazados por la acción u omisión de autoridades públicas o particulares en posición jerárquica de poder respecto del titular del derecho (art. 86 de la Constitución política). Por su parte, la Corte Constitucional aplicó en una primera etapa la tesis de la conexidad consistente en tutelar mediante decisiones de los jueces constitu-

[271] Sobre estrategias para realizar el estado social de derecho, en general, y los derechos sociales, en particular, véase Tomasevski, K., *Education denied. Costs and Remedies*, Londres, 2003; Abramovich, V., *op. cit.*, nota 18; Arango, R., *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, 2004, pp. 59-94; Pérez, L. E.; Rodríguez C. y Uprimny, R., *op. cit.*, nota 1; Pérez L. E. *et al.* (eds.), *Seis ciudades, cuatro países, un derecho: análisis comparativo de políticas educativas*, Bogotá, 2007.

cionales los derechos sociales cuando su no protección inmediata pudiera conllevar la vulneración de derechos fundamentales indiscutibles. Con posterioridad a esta doctrina, la Corte ha reconocido en sucesivas pronunciamientos con valor de precedente constitucional el carácter fundamental de derechos como los de mínimo vital, educación, salud y seguridad social.

1.2. El alcance de los derechos sociales ha sido establecido caso por caso en la jurisprudencia constitucional. Mediante la aplicación de los parámetros internacionales de interpretación de derechos humanos, en particular las observaciones generales expedidas por el Comité DESC de las Naciones Unidas, la Corte ha fijado el contenido de los DESC que los Estados nacionales deben garantizar a partir del criterio del máximo de los recursos disponibles, debiendo ser dicha protección progresiva, esto es, quedando prohibida la regresividad en la garantía de los mencionados derechos.[272] La Corte Constitucional, en su extensa jurisprudencia sobre derechos sociales ha dejado en claro que, de cualquier forma, el contenido mínimo de los derechos sociales debe ser asegurado por el Estado en cada caso concreto, y ello en virtud de la doctrina constitucional que reconoce carácter fundamental al derecho al mínimo vital como parte integrante de los derechos sociales.[273]

1.3. En relación con los derechos sociales, la Corte Constitucional diferencia entre titulares individuales y titulares colectivos. En el primer caso, los titulares pueden ser todas las personas —titularidad universal—, los nacionales y residentes en Colombia —titularidad general abierta—, los colombianos que hayan cumplido condiciones establecidas en la ley —titularidad general cerrada—, según se trate de derechos económicos, sociales o cul-

272 Sobre el particular consultar el libro de Coutis, C., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.

273 La primera sentencia de la Corte Constitucional colombiana que reconoce el derecho innominado al mínimo vital, inspirada en la jurisprudencia alemana del *Existenzminimum*, es la T-426 de 1992, en la que se ampararon los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad personal, a obtener una pronta y oportuna respuesta a las peticiones, y al mínimo vital de un adulto mayor sin medios económicos a quien las autoridades públicas competentes no daban respuesta a una solicitud pensional.

turales. En el caso de los derechos sociales de naturaleza colectiva, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado —máximo tribunal de la jurisdicción del Contencioso Administrativo— han reconocido titularidad de derechos sociales en cabeza de comunidades indígenas o grupos de personas organizados.[274]

1.4. Obligados de los derechos sociales en Colombia no son exclusivamente las autoridades públicas por su acción u omisión, sino igualmente los particulares respecto de los cuales el titular del derecho está en una relación de subordinación o de indefensión. Las autoridades públicas pasibles de acciones constitucionales por violación o amenaza de los derechos sociales cuando estos exhiben naturaleza de derechos fundamentales incluyen a la administración, al legislador y a los jueces, así como a las demás organismos o servidores públicos del Estado.

1.5. Principios fundamentales incluidos en los pactos y tratados internacionales de derechos humanos —PIDESC, Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.— establecen la obligación de los Estados que hacen parte del sistema mundial o regional de derechos humanos de garantizar la efectividad de los derechos sociales hasta el límite de los recursos disponibles. La jurisprudencia constitucional ha reconocido igualmente que el ámbito de protección de los derechos sociales debe ser tan amplio como lo determina el límite de lo posible fáctica y jurídicamente, sin que en ningún caso dejen de asegurarse el derecho fundamental al mínimo vital.[275]

2. Las estrategias políticas se relacionan fundamentalmente con las reformas de diseño institucional a favor de los derechos sociales y su mayor grado de realización;[276] con el activismo de

[274] Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-380 de 1993 reconoció el derecho fundamental colectivo en cabeza de la comunidad indígena a la vida como comunidad cultural y étnica. En ella la Corte ordenó cesar la explotación maderera que una empresa venía adelantando en territorios de la comunidad indígena.

[275] Sobre la conexión entre derechos sociales y derecho al mínimo vital, véase Arango R. y Lemaitre, J., *op. cit.,* nota 17.

[276] Pogge, T., "Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales", en Cortés, F. y Giusti, M. (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidades*, Bogotá, 2007, pp. 27-76.

organizaciones sociales y la movilización ciudadana en el proceso político y en la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales;[277] y con la protección multinivel utilizada para satisfacer este tipo de derechos.[278]

2.1. Para la teoría constitucional de sociedades donde los derechos sociales han tenido un desarrollo legislativo y un reconocimiento efectivo por parte de la administración pública, en particular los Estados sociales europeos, es difícilmente comprensible el apalancamiento y el activismo de la jurisdicción constitucional para la realización de los derechos sociales.[279] A la falta de un contexto sociológico que explique el auge de los derechos sociales y su relevancia constitucional, los teóricos del viejo continente carecen de igual forma de experiencia en el diseño y funcionamiento de una jurisdicción constitucional que reconoce y protege esta clase de derechos sin por ello convertirse en colegislador o coadministrador y hacer saltar por los aires los fundamentos del Estado de derecho democrático.

2.1.1. El diseño institucional consistente en un control difuso de constitucionalidad —todos los jueces del país son jueces constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales—, unificado mediante los pronunciamientos de una Corte Constitucional encargada de la interpretación última de la Carta política en su calidad de órgano de cierre, ha mostrado sus bondades a la hora del reconocimiento de derechos sociales como en materia salarial, pensional, de salud, de vivienda o de asistencia pública. Desde sus inicios en 1992, la Corte Constitucional formuló la doctrina del mínimo vital con el fin de señalar el ámbito constitucional inaplazable y directamente exigible de los derechos prestacionales y distinguirlo del ámbito legal de desarrollo de los derechos sociales, cuya protección corresponde a los jueces ordinarios. Trazar esta línea entre el derecho constitucional y el derecho ordinario no ha sido tarea fácil, pero dieciocho

277 Habermas, J., *Facticidad y validez*, *cit*., nota 24; Abramovich, V., *op. cit.,* nota 18.

278 Pisarello, G., *op. cit.,* nota 19.

279 Lo afirmado es manifiesto en los escritos, entre otros, de F. Laporta, *op. cit*., o de Böckenförde, E. W., *op. cit.,* ambos en nota 10.

años de jurisprudencia muestran ya sus frutos en el campo. Es así como en una reciente sentencia la Corte Constitucional declaró contrario a los derechos fundamentales —civiles y sociales— de recicladores de basuras la licitación pública celebrada para la explotación del servicio público de aseo por firmas privadas. Ello porque la administración, al diseñar y ejecutar el plan de privatización de la prestación de dicho servicio público, no tuvo en cuenta el derecho constitucional fundamental de las personas que con su oficio digno se encargaban de la selección, clasificación y reventa de desechos. Ya en otra ocasión la misma Corte había encontrado contraria a los derechos fundamentales de las personas con alguna discapacidad el diseño y la ejecución de la política pública de servicio de transporte urbano *Transmilenio* en la ciudad de Bogotá porque no se contemplaron suficientemente las necesidades de las personas en situación de desventaja manifiesta.[280]

Una segunda exitosa decisión en el diseño de los mecanismos judiciales de protección de derechos fundamentales fue la adopción de una acción de tutela —de amparo en otros países— con alto grado de informalidad y generalidad para garantizar el acceso efectivo de todos los habitantes a la jurisdicción constitucional.[281] Al no restringirse la acción de tutela a la defensa de derechos fundamentales de libertad sino admitir conceptualmente la protección de derechos de igualdad y de prestación, la jurisdicción constitucional ha podido desarrollar caso a caso la exigibilidad de los derechos sociales e impedir la sustitución integral de la justicia ordinaria por los jueces constitucionales. En este proceso la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del PIDESC ha sido constante, en particular bajo la doctrina del bloque de constitucionalidad.

2.1.2. Una tercera decisión que merece especial mención es la sentencia T-760 de 2008 con la cual la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales a la salud de multiplicidad de usuarios del servicio de salud quienes eran víctimas de las accio-

[280] Corte Constitucional Colombiana, sentencia T-595 de 2002.

[281] Constitución Política de Colombia, artículo 86, desarrollado legalmente por el decreto 2591 de 1991.

nes y omisiones, tanto de operadores privados de la prestación del servicio de salud como de los agentes estatales encargados de la vigilancia y control de dicha actividad. En esa ocasión el Alto Tribunal llevó acabo un minucioso examen del funcionamiento del servicio ante las reiterada queja de los usuarios de la salud, estableció los casos de violación de sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal y ordenó una extensa serie de medidas para superar el ECI generado por el alto incumplimiento de los mandatos constitucionales y legales.[282]

2.1.3. Un examen general de la jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales en Colombia muestra un claro uso de las acciones constitucionales de control normativo abstracto —acción de inconstitucionalidad— y de control concreto de constitucionalidad —acción de tutela— para impedir retrocesos en la realización de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular. Tal uso lo he denominado "estrategia de resistencia constitucional".[283] La resistencia constitucional, a diferencia de la civil que involucra un desafío a la legalidad, consiste en hacer uso de los mecanismos que la misma Constitución otorga a los ciudadanos para garantizar la precedencia de sus derechos fundamentales sobre otros bienes públicos, intereses generales u objetivos sociales. Las sentencias de constitucionalidad que protegieron a los deudores de vivienda y ordenaron la expedición de una nueva legislación para el financiamiento de la vivienda a largo plazo;[284] la sentencia que declaró la inconstitucional de una reforma legal al régimen tributario por desconocer el derecho al mínimo vital de la población más pobre;[285] la sentencia de tutela que protegió a la población desplazada[286] o la que asegu-

[282] Un calificado comentario a esta sentencia se encuentra en Yamin, A. E. y Parra, O., "How do Courts set Health Policy? The case of the Colombian Constitucional Court", en *PLoS Med* 6(2): *e1000032.doi:10.1371/journal.pmed.1000032*

[283] Arango, R., *op. cit.,* nota 29, pp. 71-78; Saffon, M. P., *op. cit.,* nota 27.

[284] Corte Constitucional colombiana, sentencias C-700 de 1999 y C-747 de 1999.

[285] *Ibidem,* sentencia C-776 de 2003.

[286] *Ibidem,* sentencia T-025 de 2004.

ró el derecho al mínimo vital de los recicladores[287] son una buena muestra de cómo se ejerce la resistencia constitucional por vía de la jurisdicción sin con ello subvertir el orden jurídico ni desconocer el principio de separación del poder público y el principio democrático.

2.2. Destacados teóricos han puesto de presente y desarrollado lo que llaman una protección de múltiples niveles de los derechos humanos y fundamentales, en particular los derechos sociales.[288] La idea que se esconde detrás de esta garantía plural, coordinada y escalonada es diseñar estrategias para optimizar la protección jurídica y política de estos derechos. El uso de todos los mecanismos de protección de derechos sociales a nivel nacional, regional y universal exige un conocimiento detallado no solo del Derecho Internacional de Derechos Humanos —incluidas las directivas, observaciones y recomendaciones de los organismos encargados—, del derecho constitucional comparado, en particular la jurisprudencia constitucional, así como del contexto de la realidad nacional, regional y mundial

2.2.1. La integración de los tres niveles de protección —nacional, regional y universal— permite un enriquecimiento mutuo mediante los progresos en alguno de los niveles, una creciente convergencia de los mecanismos de garantía y una expansión de las posibilidades de acción de los actores sociales y de los titulares de derechos.[289] Experiencias vividas por grupos defensores

---

287 *Ibidem,* sentencia T-291 de 2009.

288 Véase *supra* nota 19.

289 Sobre el particular es importante mencionar el libro de Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?..., cit*. En la misma dirección pero en sentido más práctico: International Commission of Jurists, "Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability", en *Human Rights and the Rule of Law Series,* núm. 2, Génova, 2008. Una guía práctica para la defensa judicial de los derechos sociales en el sistema interamericano se encuentra en Melish, T., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven-Quito, 2003. Otros manuales de gran valor para la defensa de derechos humanos en general y de derechos humanos sociales, en particular, pueden consultarse en Sepúlveda, M. *et al., Universal*

de derechos humanos con el litigio estratégico,[290] así como con la internacionalización de los estándares de derechos humanos y fundamentales,[291] muestran cómo la integración de los múltiples niveles de garantía de los derechos sociales no solo es posible sino deseable.

2.2.2. Para el anterior desarrollo es de fundamental importancia la creación de una doctrina iberoamericana en derechos sociales. En este punto no cabe sino saludar con gran beneplácito la iniciativa adoptada por el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y de Derecho Comparado, bajo la dirección de los profesores, doctores Armin von Bogdandy y Rüdiger Wolfrum, apoyados entre otros por la investigadora Mariela Morales Antoniazzi, encargada del área iberoamericana.

3. Un peligro latente que se esconde tras el discurso de los derechos sociales consiste en la desmovilización social por vía del neopopulismo latino. Las experiencias del Peronismo y del Fujimorismo no están lejanas. El continente sufrió bajo la "democracia mediática" instaurada autoritariamente por los presidentes Chávez y Uribe. Mandatarios que se aferran al poder pretenden institucionalizar prácticas de clientelismo y de entrega de recursos estatales a personas y a poblaciones, según el arbitrio del presidente en turno. Claramente tales prácticas desvirtúan los principios de Estado social de derecho, de dignidad humana y de igualdad. Por otra parte, los avances de la doctrina del libre mercado sin restricciones —neoliberalismo— y el desmonte del Estado social de derecho ante las presiones de la competencia económica, han contribuido negativamente al retroceso de los derechos sociales,[292] como positivamente al crecimiento de los movimientos sociales que propugnan por la efectiva realización de los derechos sociales de todos.

---

and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries, Costa Rica, 2004.

290 Una organización no gubernamental que ha promovido el litigio estratégico en materia de derechos sociales es CEJIL. Para consultas visitar la página su web *http://www.cejil.org*

291 Sepulveda, M. *et al., Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.

292 Cárdenas, M. E., *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2004.

La movilización social emplea diferentes estrategias para alcanzar su objeto. Por ejemplo, en Colombia se adelanta por iniciativa de un numeroso grupo de ciudadanos un proyecto de referendo para preguntarle al pueblo si está de acuerdo en que el acceso al agua potable debe ser reconocido como derecho fundamental y un contenido mínimo vital de agua debe ser asegurado constitucionalmente en forma gratuita a toda persona, impidiendo su comercialización. En el país, grupos de ciudadanos también se han organizado para iniciar una campaña nacional contra el hambre, un movimiento nacional de la salud y una asociación nacional de deudores del sector financiero. Estas iniciativas recientes contrastan con una larga tradición de lucha de sectores oprimidos y discriminados de la sociedad representados en organizaciones sociales para la defensa de los derechos laborales y de los derechos indígenas, de la población afroamericana y de la población LGTB —lesbianas, gay, transexuales y bisexuales—.

4. Finalmente estrategias económicas y culturales que favorezcan una mayor y mejor (re)distribución económica se topan en la práctica con factores adversos, entre ellos una situación prolongada de violencia; la existencia de intereses reales y poderes *de facto* en la sociedad renuentes al cambio social; una incipiente industrialización del país, con una economía extractiva de recursos naturales —renovables y no renovables— y empleos poco intensivos en mano de obra; un bajo nivel educativo de la población; deserción escolar y universitaria o deficiente calidad de la educación. Particularmente grave resulta la creciente dependencia frente a países extranjeros —como Estados Unidos que apoya la lucha contra las drogas pero a la vez la lucha contraguerrillera—.

La realidad de pobreza y desigualdad no es muy diferente para la mayoría de los países hermanos. Se hace cada día más importante la integración de los países latinoamericanos con miras a alcanzar el objetivo común de crecimiento económico con equidad. El derecho público, y no solo el privado, tiene en este propósito gran peso. El hecho de compartir casi en su totalidad una sola lengua, el castellano, constituye una apreciable ventaja frente a la Comunidad Europea.

Prioritarios para los próximos años son el diseño y la ejecución de políticas públicas para enfrentar las problemáticas que impiden la realización de los derechos sociales. Estudios de expertos como "El conflicto, callejón con salida",[293] o como "Colombia: Diálogo pendiente. Documentos de política pública para la paz",[294] suministran numerosos elementos para tal fin. En especial, la perspectiva del desarrollo humano planteada con la participación de todos los actores sociales destinatarios de las políticas públicas, así como una visión de los problemas sociales a la vez históricamente fundada e imaginativa y científicamente estructurada para encontrar soluciones a los múltiples problemas que impiden la realización plena de todos los derechos humanos, permiten guardar esperanzas de un futuro mejor. Una buena muestra de que la inteligencia con algo de voluntad política permite enfrentar viejos y complejos problemas sociales es la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia[295] en la que se adopta una amplia serie de medidas para tutelar a los millones de habitantes desplazados forzadamente como consecuencia de la acción de los grupos armados ilegales. En la mencionada decisión judicial, así como en los autos de cumplimiento de la sentencia, se diseña, ordena y vigila la política pública de desplazamiento interno, se involucra a la sociedad civil en el monitoreo y control de su ejecución, se protege en forma prioritaria a las personas o a los grupos especialmente desfavorecidos y se emplean criterios de cumplimiento sensibles a las diferencias de género, edad, cultura, identidad étnica y demás diferencias constitucionalmente relevantes.[296]

---

293 Informe Nacional de Desarrollo Humano-2003, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Bogotá, 2003.

294 *Ibidem,* nota 8.

295 Sentencia T-025 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

296 Para una evaluación académica del cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, véase entre otros los artículos de J. Cepeda, "The Constitutional Protection of Internal Displaced Persons" y Reales, C. E., "Design and Implementation of the Orders Imparted in Decision T-025 of 2004: An Assessment of the Process", ambos artículos en Arango, R. (ed.), *Internal Displacement in Colombia*, Brookings Institute, e.p.

7.5. Conclusiones

La globalización económica, el aumento de la desigualdad y la pobreza en el mundo arrojan sombras y dudas sobre las posibilidades de una realización integral de los derechos humanos y fundamentales. La actual crisis económica, sobre la cual aún se desconocen sus causas y sus efectos, presenta problemas adicionales para la satisfacción de los derechos sociales entendidos como verdaderos derechos fundamentales.

La situación de los países latinoamericanos en materia de realización de los derechos sociales presenta un panorama aún más oscuro que en los países desarrollados. La dependencia económica, el incipiente nivel de industrialización de los países del sur, las desigualdades en el poder de negociación comercial frente a potencias extranjeras y los devastadores efectos sobre la población más pobre de las políticas económicas neoliberales acrecientan el desafío para los derechos sociales.

No obstante todo lo anterior, también existen avances importantes en diversos niveles, sea político, jurídico o social, que permiten señalar posibles sendas para resolver las diferentes problemáticas que se ciernen sobre los derechos sociales. El voto de confianza hacia el derecho constitucional —comparado—, la doctrina y la jurisprudencia de los organismos y tribunales nacionales e internacionales, así como el aumento de la sensibilidad en la doctrina jurídica sobre la pobreza, la exclusión y la inequidad, permiten vislumbrar nuevos campos de investigación, con importantes aplicaciones en el diseño, en la ejecución y en el control de las políticas públicas de derechos sociales.

La principal conclusión de este corto estudio puede formularse con ayuda de una comparación: mientras que la historia es fuente de conocimiento y de acción para el político, el derecho, internacional y constitucional comparado, de los derechos fundamentales es fuente de conocimiento y de acción para estadistas y reformadores que buscan por medio del derecho construir las condiciones que permitan la aclimatación y la permanencia de la paz, así como una vida digna y plena en oportunidades para todos.

Las perspectivas de futuro para los derechos sociales, y con ellos para millones de personas excluidas y condenadas a vivir con miedo por no poder salir de la trampa de la pobreza, dependen de un uso óptimo e inteligente de diversas estrategias, tanto políticas, sociales, jurídicas y económicas, con miras a realizar efectivamente los derechos humanos en contextos desventajosos por ausencia del diseño institucional adecuado, por la falta de voluntad política y por la carencia de un trabajo intelectual constante e imaginativo para resolver los problemas sociales[297] que aquejan el abigarrado y complejo mundo actual.

[297] En este contexto es imprescindible recordar la concepción de democracia de John Dewey. Para el filósofo estadounidense la democracia es la condición previa para la aplicación plena de la inteligencia a la solución de los problemas sociales. Véase Putnam, Hilary, *Cómo renovar la filosofía,* Madrid, 1994, p. 247.

8. La insuficiencia republicana de nuestras instituciones

8.1. Introducción

He sido invitado a participar en el merecido homenaje al exmagistrado y profesor Álvaro Tafur Galvis, lo cual hago con enorme gusto dadas sus calidades humanas e intelectuales. Las siguientes líneas no tienen pretensión teórica, menos en el área del derecho constitucional o administrativo en la que el doctor Tafur Galvis se ha desempeñado magistralmente; son modestas reflexiones sobre la marcha de nuestras instituciones, en particular del sistema de justicia, a la luz del ideario republicano, empeñado en construir una sociedad de iguales, esto es, una sociedad en la que puedan realizarse los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad para todos.

La estructura de mi charla es sencilla. Primero me referiré a cinco características del republicanismo provenientes de la antigüedad griega y que, por fortuna, se extienden hasta nuestros días. Esas características son las virtudes cívicas, la participación política, la división y control del poder, la ciudadanía social, y la deliberación constitucionalizada. En un segundo apartado haré alusión a las insuficiencias republicanas de nuestras instituciones políticas. Si bien en general pueden mencionarse el excesivo presidencialismo y la tergiversación en el control del poder público, mi análisis se centra en la ausencia de enfoque republicano en

* Este trabajo fue publicado en *Revista Temas Socio-Jurídicos,* vol. 32, núm. 65, 2013, páginas 179-196.

el diseño y funcionamiento de la administración de justicia. En especial exploro la estrecha, pero negada y tergiversada, relación entre el republicanismo y el sindicalismo en la administración de justicia. Terminaré sugiriendo algunas posibles salidas a la precaria condición que nos afecta y determina.

Estas ideas, aún incipientes, pretenden invitar al debate sobre un tema que a todos afecta el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas y que, por tanto, debería ocupar más nuestra atención en la academia y la sociedad. El análisis de nuestras instituciones, a la luz de las ideas políticas que las inspiran, con la finalidad de mejorar su desempeño a partir de los ideales de una sociedad de seres efectivamente libres, iguales y solidarios, puede servir como mínimo de ideal regulativo, con mayor razón en épocas de reformas y transformaciones.

8.2. Características del pensamiento republicano

El pensamiento sobre la *res publica,* sobre la cosa pública o lo que concierne a todos quienes hacen parte de una comunidad política, busca posibilitar el florecimiento de las diferentes concepciones de vida buena a la vez que evitar los efectos disolventes asociados al intento pluralista de construir el espacio político. El concepto de republicanismo remite a ambos significados: reconocer la coexistencia de diversas concepciones de vida a la vez que salvaguardar la dimensión colectiva de las interacciones personales e institucionales. Para tal propósito resultan decisivos el cultivo de las virtudes cívicas, la participación del pueblo, el diseño y ejercicio del poder, una ciudadanía social efectiva, y la deliberación crítica institucionalizada.

8.2.1. Virtudes cívicas

En la literatura republicana ha hecho carrera el fuerte contraste entre el republicanismo antiguo y el contemporáneo, siendo el lugar de las virtudes cívicas más bien la antigüedad que el mundo de hoy. Es así que se habla del republicanismo antiguo o clásico,

con sus concepciones de libertad o fraternidad de los antiguos, *versus* el republicanismo contemporáneo, con las concepciones de libertad o solidaridad que se han instalado en Occidente desde la modernidad; el contraste sirve para enfatizar que las virtudes cívicas, si bien tuvieron un papel central que jugar en la vida social y política de antaño, dicho papel ha quedado relegado a épocas pretéritas dado el relativismo de valores y el subjetivismo ético imperante en el mundo actual. Autores neoconservadores respetables como Alasdair MacIntyre han contribuido a consolidar la idea del mundo pasado como mejor al denunciar la existencia de concepciones éticas contrapuestas e irreconciliables que nos condenarían a una babel de la civilización y, por tanto, al ocaso de la política basada en las virtudes ciudadanas.

Pese a lo acendrado que está el contraste antiguo-moderno, quizás por su utilidad didáctica y por la ausencia de mayor investigación histórica sobre este tema en épocas pretéritas, considero que identificar el *locus* las virtudes cívicas con la antigüedad es un error tanto histórico como sociopolítico. El primer equívoco es doble: surge de presuponer que la comunidad griega, en particular la Atenas del siglo IV y III a.C., era una comunidad homogénea donde era posible el cultivo de unas virtudes morales compartidas por todos los habitantes de la polis. Además de no existir evidencia sobre la homogeneidad cultural que permitiría el cultivo de la virtud ciudadana, siendo por el contrario la controversia política lo común —recordemos a diversidad de escuelas filosóficas que van desde los pitagóricos pasando por epicúreos, estoicos, cínicos, socráticos o aristotélicos—, tampoco el subjetivismo moral parece ser un impedimento epistémico suficiente para desechar el cultivo de la virtud como disposición o actitud necesaria para la conservación de algo común indispensable para el desarrollo de los diferentes planes de vida.

A la tradición aristocrática y jerárquica, de autores canónicos como Platón o Aristóteles, es posible oponer la existencia del movimiento femenino y plebeyo representado por Aspasia y el partido popular.[298]

[298] Domènech, Antoni, "La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo", en *Revista de Estudios Sociales,* 46, may-ago, 2013, pp. 14-23.

Atenas clásica no constituía un todo homogéneo. En ella reinaba el disenso y la pluralidad a la hora de auscultar los designios que permitirían construir una polis floreciente. Las virtudes cívicas de un Platón maduro o de un científico social como Aristóteles no son necesariamente la educación en una determinada moral sustantiva; muy por el contrario, dichas virtudes tienen que ver con cierta disposición de ánimo y con una tendencia a la acción indispensables para superar los atavismos egocéntricos y propiciar el entendimiento de otras dimensiones de la existencia. Así, un socratismo que se dedica a cuestionar a quienes dogmáticamente defienden las propias concepciones y particulares intereses es todo menos que defensor de una idea sustantiva del bien.

Será precisamente el pensamiento que rompe con un orden natural o divino, a saber el movimiento de esclavos, mujeres y trabajadores[299] el que más contribuya a la posterior expansión del pensamiento republicano, donde la libertad no tiene que remitir a un orden dado y la igualdad social permite el desarrollo personal y el bienestar colectivo. Maquiavelo mostrará mucho tiempo después que, a diferencia de lo sostenido por el cristianismo, la virtud no es una sino relativa a las circunstancias cambiantes, aun cuando ella siempre sea necesaria para la grandeza de la colectividad. Independientemente de que lo virtuoso cambie, según época y lugar, sin la virtud como disposición del carácter es imposible la acción colectiva necesaria para trascender la horda o la banda criminal y permitir el surgimiento de la civilización.

Virtudes cívicas son entonces aquellas disposiciones de ánimo y actitudes de carácter que llevan a una actuar firme *(hexis),* según propósitos o principios que permiten no solo la autorrealización sino también el esplendor de la comunidad política, con independencia del contenido de las convicciones valorativas. Cuáles sean los valores positivos exigibles a todos será el efecto o resultado de decisiones democráticas, que para ser incluyentes de la riqueza de opciones múltiples deben abarcar la participación popular.

Desde esta óptica republicana, las virtudes cívicas involucran una disposición de apertura; una actitud de curiosidad

[299] *Idem.*

hacia las diferencias, que en épocas posteriores ha adoptado erróneamente el nombre de *tolerancia*; y un juicio crítico o examinador. La apertura, al contrario de la tolerancia, no presupone la superioridad moral del observador, sino su auténtica disposición a aprender de los otros. Por el contario, quien tolera no goza de la condición desaprendida y antidogmática propia del carácter republicano, el cual permite reconocer lo valioso en lo ajeno. La virtud de la apertura será igualmente determinante para la aceptación del pluralismo en las sociedades modernas y contemporáneas.

La segunda virtud cívica involucra la curiosidad. Además de la apertura hacia el otro, el hábito de interrogar e indagar permite la ampliación de las fronteras cognitivas, valorativas y de pensamiento. No en vano la sociedad griega inaugura la filosofía como forma y disciplina de vida. Quien no se cuestiona, no vive, parece muerto. Por el contrario, quien se pregunta sistemática y metódicamente trasciende la cotidianidad y la contingencia, liberando la creatividad personal y permitiendo la construcción colectiva y perdurable de estructuras mayores, entre ellas la comunidad política (polis).

La tercera virtud cívica, la disposición a revisar críticamente cada fenómeno natural o social, está bien representada en la actitud de Sócrates ante la comunidad y los jueces que luego lo condenan a muerte (Platón, *Apología de Sócrates*) por obedecer a su conciencia por encima de la moral positiva. La actitud crítica será precursora indispensable de la democracia deliberativa de nuestro tiempo, tan central para el orden constitucional contestatario que caracteriza a la democracia deliberativa contemporánea.[300] Sin controversia, basada en argumentos diversos y plurales, empleados por agentes interesados en la búsqueda colectiva de la verdad, no sería posible la estabilidad política, tan deseada por colectividades humanas pasadas, presentes y futuras. Esto porque la discriminación de personas, grupos o ideas llevaría a la postre y con el tiempo a situaciones de negación y violencia.

[300] Pettit, Philip, *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

8.2.2. Participación política

La participación política no siempre ha sido identificada como característica del pensamiento republicano. En el republicanismo clásico de Aristóteles, Séneca o Cicerón, la participación del pueblo en el gobierno de sus destinos no aparece como característica destacable; por el contario, el elitismo intelectual de las gentes "cultivadas en la virtud" supondría la exclusión automática de todos aquellos que no pertenecieran a los ciudadanos de Atenas o, más tarde, de Roma. Serán autores del Renacimiento, entre ellos Marsilio de Padua o Nicolás Maquiavelo, quienes hacen referencia a la participación del pueblo en términos positivos como componente republicano indispensable para asegurar la estabilidad y legitimidad del poder político.

Marsilio es conciente de la necesidad de tomar en cuenta el sentir popular para el arte de gobernar, no debiendo confiarse la efectividad del orden humano a la arbitrariedad del monarca. El bien supremo de la paz justifica auscultar la voluntad de todos a la hora de dirigir y decidir los destinos de hombres y mujeres. El monopolio del acceso a la verdad no está así en cabeza de una sola persona o grupo favorecido, sino en la participación de todos en la búsqueda de tal verdad.

Maquiavelo advierte sobre la importancia de contar con las masas —pueblo— para asegurar la efectividad del mandatario en el ejercicio y mantenimiento del poder. Si bien la participación política exhibe un valor instrumental en *El Príncipe* para mantener el poder, ella adquiere un valor funcional a la prosperidad de una república en el Maquiavelo de *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*.[301] En este escrito, menos conocido que el polémico libro dedicado a Lorenzo de Médici, el diplomático florentino despliega sus convicciones republicanas hasta el punto de atribuirle a la participación popular no la virtud de sosegar a las masas sino de constituirlas en agente de legitimidad para el ejercicio del poder.

Rousseau y Kant desarrollarán más tarde el pensamiento ya desbrozado por Maquiavelo. Fuente de toda legitimidad es para

[301] Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio,* 2ª reimp., Madrid, Alianza, 2002.

el ginebrino la voluntad del pueblo, expresada mediante la participación masiva en los asuntos públicos. Por su parte, el filósofo alemán hará más sutil la argumentación que asocia participación popular y republicanismo: la motivación más poderosa que anima al pueblo a obedecer la ley consiste en el hecho de ser el propio pueblo el gestor de su ley, ello en ejercicio de la participación política. El pueblo es simultáneamente autor y destinatario de la ley, fórmula de la autonomía política y garantía de su obedecimiento.

A diferencia de Montesquieu que pondrá el énfasis republicano en la educación antimercantil y nostálgica de valores sustantivos, para Kant la garantía de paz y estabilidad política radicará más bien en la adopción y refrendación de una Constitución basada en el respeto de la libertad, la igualdad y la sujeción de todos al impero de la ley. El principio de legalidad no será así, en sentir de Kant, meta sino presupuesto de acción política.

8.2.3. División y control del poder

Quienes mejor entendieron la relevancia del diseño institucional del poder como estrategia para evitar el abuso y la arbitrariedad de los poderosos fueron los revolucionarios estadounidenses, en particular Jefferson, Madison y Hamilton, entre otros. Toda concentración del poder en manos de una autoridad va en desmedro de la libertad de todos. Esto por la tendencia o propensión humana a abusar del poder cuando se lo tiene. De allí la necesidad de diseñar instituciones que en la práctica neutralicen o controlen el ejercicio de las competencias atribuidas por ley a las autoridades.

En el diseño de las instituciones, funciones y procedimientos para el ejercicio del poder público, los *foundings fathers* de la Constitución estadounidense recurrirán a los inteligentes equilibrios, pesos y contrapesos, entre las diversas autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales, teniendo en cuenta, entre otros, la duración de los periodos de gobierno, la división y el tamaño territorial, los sistemas de elección de las autoridades públicas, etc. Para compensar el poder de un poder presidencial se adoptará el régimen federal, atribuyendo a los Estados parte una serie de competencias privativas de las entidades territoriales. Por otra parte, el surgimiento del control de constitucionalidad, ejercido

por la Suprema Corte sobre las legislaciones de los estados federados, permitirá dotar al sistema jurídico de una cohesión que, dado el grado de descentralización legislativa, no podría alcanzar una organización social que pretende ser reconocida como una nación unitaria.

El control de constitucionalidad será además la puerta de entrada, junto con las enmiendas constitucionales adoptadas para garantizar los derechos fundamentales y las libertades básicas. Sin la actuación especializada de la justicia no sería posible distribuir efectivamente porciones de poder político en cabeza de los mismos individuos que hacen parte de la comunidad política. El control del poder ejecutivo —tan presente en la cultura presidencialista o caudillista americana— no se limita a instituciones estatales, sino que tendrá a los individuos como sus directos ejecutores.

8.2.4. Ciudadanía social

Otra característica de un régimen republicano es la noción de ciudadanía social. No basta en las sociedades contemporáneas una ciudadanía política para asegurar la libertad y la igualdad propias de la democracia republicana. Mientras esta última se conforma con individuos habilitados para participar electoralmente cuando cumplen determinada edad y no tienen condiciones especiales que los impiden votar —enajenación mental, inhabilidad jurídica por sanción penal, etc.—, la ciudadanía social implica garantizar las condiciones materiales mínimas que requiere ver satisfechas una persona para poder tomar parte efectivamente en la vida política, más allá de la simple actividad electoral cada vez que hay elecciones. La ciudadanía social tiene como finalidad asegurar que el conciudadano logre una independencia material que, de no tenerla, haría precaria la independencia del voto y la participación en la vida política colectiva. Quizás el instrumento más conocido y discutido actualmente para realizar la ciudadanía social es la provisión por parte de los diferentes Estados de una renta básica gratuita a todos sus nacionales, con independencia de cualquier condición, todo con el fin de no permitir que la carencia de medios materiales impida la participación de todos en la configuración, el ejercicio o el control del poder político. Solo

un pueblo libre de las penurias materiales que llevan a su sometimiento a la voluntad de otros, esto mediante la garantía de la ciudadanía social, puede decirse que es autónomo.

No obstante, la renta básica universal e incondicional no es el único camino para institucionalizar la ciudadanía social. Autores como James Harrington en Inglaterra, Thomas Paine y Thomas Jefferson en Norteamérica, y Fichte en Alemania —antes Prusia—, también contribuyeron a relacionar conceptualmente el régimen político y el régimen de propiedad. Sin propiedad privada, individual o colectiva, los sujetos políticos pierden su independencia para hacerse un juicio propio y defenderlo públicamente. Es por ello que el Estado social sería el llamado a realizar las redistribuciones económicas necesarias para contar con ciudadanos plenos. Una democracia de pequeños propietarios es una democracia más estable que aquella donde los subsidios y el asistencialismo hacen de los ciudadanos meros clientes. Solo la expansión de una clase media de propietarios, campesinos y citadinos permitiría contar con seres autónomos y responsables con posibilidad de no sucumbir a las dádivas y promesas de los poderes instituidos.

Harrigton imagina una República de Océana donde los miembros de la comunidad gozan, gracias a su propiedad, de un estatus social que les permite no depender de otros ni verse sometidos a voluntades ajenas. Solo una democracia que tenga en cuenta las fuerzas económicas y sociales al regular el ejercicio del poder puede asegurar la estabilidad política y la prosperidad de un pueblo. Esto porque la forma de gobierno de un país depende del régimen de propiedad de la tierra existente en él. Pese al enfoque protomarxista, Harrigton no se pronunciará a favor de un igualitarismo económico; más bien defenderá la igualdad de oportunidades en la vida social, así como un diseño institucional con cargos de corta duración, separación de poderes y educación popular financiada con cargo al erario público.

8.2.5. Deliberación constitucionalizada

La defensa de lo común y la construcción participativa de todos en el diseño, funcionamiento y control del poder público exige

una sociedad integrada por seres inteligentes, críticos, deliberantes. Democracia no es simplemente una forma de gobierno; es una forma de vida que hace posible una sociedad de iguales. Democracia es democratización de la sociedad por vía de los instrumentos constitucionales necesarios para garantizar la existencia de sujetos políticos que, en palabras de Kant, han llegado a la mayoría de edad. Una sociedad ilustrada es aquella en la que toda persona puede valerse de su propio juicio (respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?) sin depender del criterio de otro u otros.

La formación del ciudadano cosmopolita es ampliamente desarrollada en la *Antropología en sentido pragmático* por Kant. La educación en las virtudes cívicas referidas más arriba toma en cuenta las diversas facultades humanas —cognitiva, sensitiva, apetitiva— y la necesidad de cultivar el carácter puesto que no basta para asegurar una ciudadanía cosmopolita el conocimiento de los talentos.[302] En contraste con la educación moral de los moralistas escoceses (Hutcheson, Shaftesbury, Hume) y franceses (Montaigne, Rousseau, Fontaine), Kant remitirá no ya a los buenos hábitos y a las inclinaciones, sino al ejercicio de la razón práctica, la cual implica un equilibro adecuado entre sensibilidad, discernimiento y racionalidad.

La preocupación de Kant por la formación *(bildung)* del ser humano contrasta con sus tesis republicanas dirigidas a un pueblo de demonios, no de ángeles. Esto porque el propio Kant en *Sobre la paz perpetua* será enfático en afirmar que una Constitución política no tiene como propósito hacer de los ciudadanos buenos seres humanos. La Constitución política de un pueblo busca asegurar la sujeción de todos a una legislación común, no moralizar a los miembros de la comunidad política. Es por ello que el ejercicio de la libre expresión, de la crítica y la deliberación pública basada en razones o argumentos, es condición necesaria para la existencia de un régimen político republicano.

En la actualidad vemos cómo el ejercicio de las libertades públicas, en particular las libertades de pensamiento, conciencia,

[302] Martiarena, Oscar, *La formación del ciudadano del mundo*, México, Alia, 2009.

credo, culto, información y prensa, manifestación, voto y locomoción, entre otras, se encuentran constitucionalizadas en lo que ha venido en llamarse el Estado democrático, social, pluralista y participativo de derecho.

Pero pasemos ahora a describir las deficiencias que evidencian nuestras institucionales políticas, en particular la administración de justicia, y que tornan a nuestro orden político y nuestra sociedad en una poco republicana, esto es, poco libre de la dominación y de la sujeción arbitraria a la voluntad de otros. Dichas deficiencias se manifiestan en el modelo presidencialista, en general, y en el sistema de justicia, en particular.

8.2.6. Deficiencia republicana de nuestras instituciones

Un diagnóstico medianamente completo sobre el estado de nuestras instituciones republicanas es aquí imposible. El análisis crítico del comportamiento de los agentes públicos y su relación con la población exigiría un esfuerzo colectivo, interdisciplinario y diacrónico, para comprender la actual situación con suficiente contexto y perspectiva. No obstante, a la luz del modelo republicano de gobierno es posible plantear algunas reflexiones particulares, sin ánimo de sistematicidad, con el fin de sensibilizar al auditorio sobre la necesidad de dedicar más tiempo y esfuerzo al estudio de estas cuestiones.

8.2.7. Ultrapresidencialismo y disfunción del control político

Grosso modo podemos afirmar que en tiempos de globalización de la comunicaciones; de concentración de la riqueza —representada en ingresos y patrimonio—; de crisis del Estado social, son perceptibles en Colombia tres fenómenos: (i) el crecimiento del poder ejecutivo, en desmedro de los demás poderes y de la autodeterminación política de la población; (ii) la tergiversación de los controles políticos —por ejemplo en el control del legislativo (Comisión de Acusaciones) y de entidades como la Procuraduría

General de la Nación y la Contraloría General de la República—, y (iii) la privatización de la función y propiedad públicas a manos de intereses nacionales e internacionales privados ávidos de maximizar sus utilidades económicas en desmedro del bienestar de todo la población.

El malestar generado por el desmonte de lo público, del abandono de la *res publica,* a manos de la concentración acelerada de riquezas en pocas manos, es notorio en las movilizaciones masivas de diferentes grupos de la población ante la entrada en vigencia de tratados de libre comercio que benefician exclusivamente a algunos sectores bien posicionados en una sociedad de profundas desigualdades. Reformas constitucionales al sistema político como la reelección o las regalías evidencian un ánimo y un programa explícito de concentración de poder político y económico en cabeza del ejecutivo, interlocutor directo de las potencias mundiales en el ajedrez del comercio y de la política internacionales. A estas reformas constitucionales, la política y la económica, se suma la reforma fiscal que quiebra la tendencia garantista de los derechos para reemplazarla por una cultura fiscalista donde la concentración de poder en el presidente permite combinar medidas de ajuste estructural impuestas desde afuera por organismos y centros de poder internacionales con paliativos neopopulistas de la mano con políticas asistencialistas que buscan acallar los efectos socialmente disolventes de las medidas económicas que propician la creciente concentración de riqueza en pocas manos, todo dentro de un intrincado aparato de clientelismo y corrupción a nivel nacional e internacional.

Pierre Rosanvallon (2012) ha llamado la atención sobre la segunda globalización que vivimos a nivel mundial, con las repercusiones que ella representa en el crecimiento de la brecha entre ricos y pobres, pese a que en el pasado la humanidad había avanzado sensiblemente en el desmonte de las desigualdades. A partir de los años ochenta del siglo xx es constatable una creciente concentración de la riqueza en cabeza de pocas personas, en desmedro de las grandes masas de población sumidas en la miseria o la pobreza. Sin poder ser muy precisos sobre las causas que suscitan la carrera desenfrenada por acumular más y más recursos económicos sin prestar atención a las consecuencias políticas y sociales del fenómeno, es posible advertir una crecien-

te ansiedad ante el deterioro del medio ambiente y la creciente competencia generalizada por acceder y monopolizar recursos escasos. La sensación de que enfrentamos crecientes demandas de bienes y servicios para cuya respuesta no contamos con recursos suficientes, suscita la reacción que busca proteger a los seres cercanos ante todo, con la consecuente concentración de riqueza en manos de los más acomodados y el descenso de la solidaridad hacia ajenos o extraños. La economía competitiva y acumulativa bajo el modelo de un capitalismo trasnacional con un mercado financiero desbocado y desregularizado le gana la mano a la política social redistributiva y sensible a la inclusión de los más necesitados. Los gobiernos centrados en el enfoque reduccionista de los recursos y de las capacidades humanas han perdido la perspectiva sociológica, histórica y política necesaria para maniobrar en medio de las crisis y conducir pacíficamente a las sociedades nacionales a buen puerto, esto en un mundo plural y diverso en materia de convicciones religiosas.

Por su parte, los mecanismos institucionales y procedimentales de control al poder no parecen estar en posibilidad de contrarrestar la tendencia al crecimiento de la desigualdad; los titulares de los órganos de control aparecen enfrascados ellos mismos en luchas por acceder al poder político o en agendas sustantivas que remiten a la imposición de concepciones premodernas del mundo, en parte como reacción desencantada ante la envergadura de las transformaciones sociales de carácter universal. La rapidez de los cambios socioculturales desafía la capacidad autocrítica y el control institucional del poder y ello, en buena parte, precisamente por la necesidad de concentrar más el poder para asegurar convicciones grupales particulares.

En general es posible afirmar que la crisis del Estado social y el ahondamiento de las desigualdades ponen en riesgo la vigencia del programa republicano. Esto porque el republicanismo apunta a construir una sociedad de iguales[303] en la que todos tomen parte en la autodeterminación de sus destinos, no a legitimar un orden político dominado por pequeños grupos de gran poder econó-

[303] Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de los iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2012.

mico y social que terminan por imponer a las grandes masas sus designios sin participación popular ni deliberación crítica sobre las diversas alternativas.

Evidencia clara del retroceso de las virtudes republicanas del deterioro de lo público es el programa de privatizaciones de los servicios públicos de salud, educación, seguridad social y justicia. Como bien lo advierte Habermas,[304] los circuitos del poder burocrático y del dinero amenazan con absorber al circuito de la solidaridad social, hasta el punto de que la exclusión de grandes masas de población y la violencia se generalizan hasta convertirse en constantes que la humanidad verá aumentar en el presente siglo. En el caso de la salud la mercantilización de la prestación del servicio ha hecho los llamados "paseos de la muerte", ejemplo perfecto de la primacía de los intereses económicos por sobre el sufrimiento humano. Por fortuna la reacción de las juventudes organizadas en forma pacífica e inteligente ha impedido que en materia de educación el gobierno avance la privatización de la educación pública como era su propósito con la reforma a la Ley 30 de 1992, presentada al Congreso y luego retirada ante la movilización masiva del estudiantado. Algo equivalente ha sucedido con la defensa del medio ambiente y el agua por la ciudadanía y la movilización activa de Bucaramanga y sus alrededores ante la amenaza de la explotación minera en el páramo de Santurbán.

No obstante los avances en la participación ciudadana en materia de educación superior y defensa del medio ambiente, en el ámbito de la administración de justicia el retraso republicano es especialmente notorio. Veamos.

8.2.8. Sistema de justicia

La Constitución de 1991, al consagrar una amplia carta de derechos, establecer la acción de tutela y crear una Corte Constitucional, delegó poder político y social en los ciudadanos. La democratización de la sociedad ha tenido lugar, desde hace veinte años, por vía de los jueces. Jueces y magistrados han integrado

304 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

a sus funciones la defensa activa de la democracia y el control para la realización efectiva de los derechos fundamentales. En la construcción de la sociedad de iguales[305] desde las instituciones, la administración de justicia —en especial la Corte Constitucional— ha jugado un papel fundamental. El derecho en manos de las demandas ciudadanas y de las decisiones constitucionales de tutela de los jueces viene cumpliendo una función transformadora de las realidades sociales según los principios y valores constitucionales. La misión de los jueces en este programa de democratización de la sociedad y desmonte de las ventajas y los privilegios es central. Esto porque las sentencias pueden erigirse en cartillas pedagógicas que promuevan las virtudes cívicas, la participación popular mediante la apropiación del derecho, el control del poder público, el fortalecimiento de la ciudadanía social y la activa deliberación crítica dentro de los parámetros constitucionales del mutuo respeto y la concordia social.

El retroceso del Estado social, ante la expansión del libre comercio y la privatización de lo público, tiene graves efectos en el contenido republicano de nuestras instituciones, así como en las posibilidades de realizar el ideal de la autodeterminación política. Pese a los enunciados constitucionales que garantizan los derechos humanos y fundamentales, entendidos como un todo integral, indivisible e interdependiente, el auge de los tratados de libre comercio conduce a la parcelación de la justicia. De forma creciente se instaura en la práctica una administración de justicia de primer y segundo nivel: la primera privatizada por vía de tribunales de arbitramento para satisfacer los intereses de los grandes capitales; la segunda pública, con escasos recursos y carente de independencia presupuestal, encargada de impartir justicia al grueso de la población.

A cada forma de Estado —absolutista, liberal, comunista, socialdemócrata— corresponde una concepción de la justicia. Esto porque la relación de poder político y justicia cambia dependiendo del tipo de Estado de que se trate.

En tiempos antiguos, la justicia no era sino manifestación del poder omnímodo del rey o monarca, no pudiendo hablarse de un

[305] Rosanvallon, Pierre, *op. cit*.

estado de derecho, sino más bien de un estado absolutista donde primaba la arbitrariedad del más fuerte. En la modernidad el Estado liberal de derecho hará depender la justicia del estricto cumplimiento a los dictados del legislador, estando los jueces al servicio de la protección de la vida, la libertad y la propiedad de las personas. La reacción contra los abusos de una burguesía en ascenso, con pretensiones de amasar riquezas bajo la mampara del bienestar general, llevó a los revolucionarios a pensar en un Estado total que asegurara la provisión de bienes y servicios, entre ellos la justicia revolucionaria. Con posterioridad a la caída de los grandes totalitarismos de izquierda y derecha en el siglo xx, el modelo socialdemócrata, con jueces como servidores públicos que controlan la ejecución de las decisiones legislativas y administrativas, es desafiado por el renacer del Estado liberal, contrario a la intervención estatal en la economía y favorable al desmonte de las funciones sociales antes en cabeza de las autoridades públicas, todo bajo el paradigma de la eficiencia de la empresa privada para prestar los servicios —entre ellos la justicia— antes de responsabilidad exclusiva de la administración pública. Un corto recuento de las transformaciones históricas de la justicia y su relación con el ejercicio de los derechos políticos, en especial el derecho a la sindicalización en la rama judicial, permiten ver en toda su dimensión el déficit republicano hoy imperante en la forma de impartir justicia prevaleciente en esta fase especialmente agresiva del capitalismo trasnacional.

La invención de la justicia como instancia neutral frente al monarca y a los nobles representados en el Parlamento fue una de las reformas políticas más importantes en el siglo xviii. Finalmente el pueblo, después de muchas luchas, decidió darse a sí mismo estructuras políticas más justas que las existentes bajo el Estado absolutista. Con una justicia autónoma, que resolviera las controversias no según los designios o intereses del más fuerte, sino aplicando los dictados de la ley, fue posible concebir una sociedad más igualitaria. Una administración de justicia independiente sería desde entonces la mayor aspiración política en el propósito de instituir una sociedad basada en el reconocimiento y el respeto del igual valor de todas las personas, en contra de visiones jerárquicas, estamentarias y nobiliarias que se erigían y dominaban en el pasado.

Los filósofos de la revolución francesa vieron claro que los derechos a la vida, la libertad o la propiedad solo podrían ser garantizados cuando la sociedad contara con una administración de justicia autónoma, esto es, independiente de las decisiones arbitrarias emanadas del monarca. Esto por la sencilla razón de que sin jueces independientes no sería posible brindar la seguridad jurídica indispensable para el despliegue de la libertad y de la creatividad, tan necesarias, a su vez, en el desarrollo material y moral de las sociedades. La inestabilidad y zozobra generada por la intervención arbitraria de poderes hereditarios llevaría al traste con cualquier iniciativa particular tendente a transformar la realidad social con fines de progreso material y de emancipación social.

El pensamiento liberal del siglo XIX se desarrolló concomitantemente al mercantilismo que, con la Revolución industrial, diera luego paso a la hegemonía capitalista. Críticos de la explotación de los trabajadores —entre ellos Marx y Engels— se encargarían de denunciar la falsa neutralidad de una justicia cortada con la tijera de intereses burgueses en ascenso. Según la crítica marxiana, el derecho positivo era expresión y defensa de intereses de clase con deseo de proteger sus inversiones de las decisiones despóticas o golpes de mano del monarca. El enfoque que iguala derecho e ideología en la doctrina socialista del siglo XIX no permitió comprender cabalmente la función que está llamada a cumplir una administración de justicia independiente en la construcción de sociedades libres, justas e igualitarias.

Hoy en día la idea de una justicia independiente constituye un principio asociado a la realización de los derechos humanos y la democracia, no a la protección de valores o intereses de clase. Esto porque la universalización de la libertad lleva a que el pueblo sea al mismo tiempo gestor de las leyes y su destinatario. Lo único que da legitimidad a un Estado es que sea conformado y revocado por el propio pueblo. En una democracia real, los contenidos de la ley no divergen de las creencias, deseos, intereses o emociones del pueblo representado tanto a nivel legislativo como judicial. Los jueces serán entonces llamados a defender y velar porque las leyes, aprobadas por la mayoría, sean observadas por los poderes institucionales y *de facto*. Sin justicia autónoma e independiente no existen las libertades y los derechos básicos, ni la democracia permite el florecimiento de todos, ideal republicano

desde la Antigüedad. Lo anterior no significa, sin embargo, que la ley sea intocable o infalible. Siempre será revisable y modificable en la medida en que el pueblo goce de y ejerza la libertad de pensamiento y expresión.

8.2.9. Republicanismo y sindicalismo en la justicia

¿Qué tiene que ver el republicanismo y la autonomía de la justicia con el sindicalismo en la rama judicial? Algunos podrían incluso pensar que el sindicalismo, en cuanto expresión de defensa de intereses de grupo —de los trabajadores de la justicia, en este caso—, es contrario al ideal republicano que propugna por una sociedad igualitaria, basada en la ley, contraria a la lucha de clases. Bajo esta óptica, la antinomia o contradicción entre el republicanismo y el sindicalismo en la administración de justicia sería inevitable: el primero parte de la igualdad de las personas ante la ley, mientras que el segundo parte de la lucha de clases y pretende resolver las contradicciones sociales a partir de la acción política. Analicemos si tal antinomia es correcta o si, por el contrario, puede ser refutada y reemplazada por la tesis, según la cual, entre la justicia republicana y el sindicalismo existe una relación de complementariedad, no de contradicción.

Veamos más de cerca la presunta contradicción entre republicanismo y sindicalismo, la cual lleva a la idea de reprimir al segundo en el ámbito de la administración de la justicia. El origen de la presunta antinomia radica en que el republicanismo como ideario de "libertad sin dominación" es universalista, esto es, pretende beneficiar y ser aplicado a todos por igual sin distingo de su situación o condición social de clase; el sindicalismo, al contrario, pareciera defender intereses particulares, en este caso de la clase trabajadora, a partir de relaciones concretas de sujeción y explotación. Mientras el carácter republicano de la justicia buscaría favorecer a todos como entidad abstracta en contra de la arbitrariedad del poder político o social, el sindicalismo rechazaría la universalidad para defender la particularidad de la parte débil de la relación laboral, lo que en el sector justicia destruiría la idea misma de la autonomía al poner a los servidores públicos al servicio de las reivindicaciones sectoriales. Particularismo sindical

versus universalismo republicano sería el enunciado que resumiría la contradicción.

No obstante todo lo anterior, analizadas más de cerca las relaciones implícitas entre republicanismo y sindicalismo, podemos demostrar que tanto la enunciada contradicción, así como los efectos negativos de la sindicalización de los servidores de la justicia, es infundada. Bien entendido, el sindicalismo busca la emancipación de TODOS los seres humanos, no solo de la clase trabajadora. Si bien en la mediación real del conflicto entre intereses de clase el sindicalismo defiende los intereses del proletariado en contra el poder del capital, lo cierto es que el ejercicio de la libertad sindical y de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales por parte de los servidores públicos busca realizar ideales más elevados que simplemente la reivindicación de mejoras salariales, prestacionales o sectoriales a favor de un grupo particular. El sindicalismo lucha contra la opresión, la explotación, la dominación de poderosos sobre débiles para subvertir dicho orden y liberar a ambos extremos. Un mundo donde los trabajadores son concientes de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y los ejercen plenamente, es un mundo con más posibilidades de superar la opresión, la exclusión y la pobreza que afecta a todos.

En la vida real, el funcionamiento del Estado —entendido como aparato institucional— exige acudir a relaciones obrero-patronales para cumplir con los fines de interés general encomendados al conjunto de autoridades públicas. Esto por lo menos mientras subsistan relaciones de subordinación entre los seres humanos. La contratación de trabajadores en la rama judicial no es la excepción a esta regla. Es así como dos ámbitos de la realidad social se interceptan: la autonomía de la justicia, característica central del carácter republicano del estado de derecho, y el sindicalismo, instrumento para la defensa de los derechos de la parte débil de la relación contractual entre Estado y trabajadores de la administración de justicia.

La salida al falso dilema entre universalismo y particularismo, entre instituciones republicanas al servicio de todos e instituciones sectoriales o grupales al servicio de algunos, en este caso los trabajadores de la rama judicial, es posible extremando

y dando publicidad a la presunta contradicción. El movimiento sindical ha tenido que advertir cómo sus reivindicaciones de clase oprimida compiten en el mundo contemporáneo con múltiples y diversas reivindicaciones sociales —étnicas, culturales, de orientación sexual, de formas alternativas de vida—, sin que sea clara la supremacía o prioridad moral de las exigencias sindicales sobre otras demandas sociales. En un mundo pluralista, llamado por algunos "posmoderno", la multiplicidad de subjetividades que luchan por ser reconocidas hace ver las reivindicaciones obreras como unas más dentro de las existentes. La relatividad de las diferentes demandas por reconocimiento, elevadas por muy diversos grupos sociales, ahonda la sensación que la lucha obrera y la emancipación del género humano, por vía de las conquistas sindicales, carecen de vigencia en las sociedades contemporáneas. Persistir en el sindicalismo, mas dentro del cumplimiento de las funciones del Estado, llevaría finalmente a retrocesos sociales inaceptables. Tal visión no puede ser más equivocada.

La contradicción entre republicanismo y sindicalismo es solo aparente. El proceso de singularización de las demandas sociales en las sociedades contemporáneas afecta, en general, el horizonte de sentido de nuestra comprensión en cualquier ámbito de la vida; la diversidad de voces genera un halo de escepticismo frente a causas universales, entre ellas la emancipación humana. Crece la incertidumbre de poblaciones enteras que ven devaluarse la esperanza en un mundo mejor, en el progreso, capturadas por discursos ultraconservadores disfrazados de vanguardia de izquierda que quieren convencernos a todos del desencanto de la modernidad, de la inevitable fragmentación, disolución de los ideales y finalización de la historia ante el triunfo inexorable del capitalismo. La revolución de las comunicaciones y la velocidad de información habrían clausurado todo ideario universalista —llámese normativismo kantiano, idealismo hegeliano o materialismo histórico o dialéctico marxiano—, debiendo las más diversas demandas sociales competir entre sí hasta neutralizarse mutuamente, todo a favor del orden instituido y del ejercicio parcializado del poder.

A la anterior visión es posible oponer una que no renuncia a emancipar al ser humano de la opresión, la dominación y la suje-

ción. El uso de la razón en la apreciación de los contextos sociales, la acción política organizada con miras a alcanzar objetivos concretos de transformación social, el análisis crítico y reflexivo de los cursos de acción disponibles; ninguna de estas tareas ha dejado de tener vigencia y legitimidad en las sociedades pluralistas de hoy. Volviendo atrás, ¿cómo podría el sindicalismo asumir constructivamente el hecho de vivir en sociedades contemporáneas donde se ha instaurado la multiplicidad de singularidades que promete quedarse por largo tiempo?

Los desafíos de los tiempos imponen al sindicalismo actual, por lo menos, tres grandes retos: primero, reconocerse como una singularidad más dentro de un mundo plural de múltiples singularidades con demandas diversas y hasta contrapuestas; segundo, restablecer los lazos de reciprocidad social entre diversos grupos sociales, meta para la cual el sindicalismo de la rama judicial puede jugar un papel protagónico ejemplar, y, tercero, recuperar el sentido de lo público, de la cosa común, de la comunidad política. Veamos cada uno de estos aspectos por separado.

Es preciso ser concientes del rechazo que suscita, por la injusticia generalizada y extendida en el mundo, el uso del discurso de los derechos por parte de los trabajadores para sacar avante sus reivindicaciones. A ojos de otros grupos sociales, el sindicalismo sería sinónimo de privilegios, exclusivismos y facilismo, todo lo cual no es cierto en realidad, pero sí es fácilmente utilizado por opositores al movimiento obrero y sindical. Esta percepción equivocada se basa en la envidia, el prejuicio y la estrategia, en buena parte suscitados por la efectividad de la organización colectiva en la defensa de los derechos. Tal imagen distorsionada del sindicalismo debe ser contrarrestada mediante una campaña masiva de la defensa de los derechos políticos y sociales, en particular los derechos de expresión, manifestación, protesta, sindicalización y huelga, como *formas legítimas* de debate y confrontación en el orden constitucional. Tan legítimo es el ejercicio de los derechos sociales del ámbito laboral que Estados Unidos y el gobierno nacional usan el discurso de la sindicalización y las libertades políticas para legitimar el TLC firmado entre ambas naciones. Colombia, a ojos de los estadounidenses, debería mejorar en el respeto y garantía de los derechos sindicales para hacer más "justos" los términos del intercambio y para que el

"crecimiento económico" redunde en bienestar para la clase trabajadora. Sin necesidad que nos lo recuerden interesadamente gobiernos cómplices de la expansión suicida del capitalismo, el movimiento sindical, como otros movimientos sociales, es una expresión de subjetividad de gran peso histórico y valor moral que busca emancipar a TODOS los explotados, por lo que debe ser actor protagónico en la lucha, por vía del derecho, para el desmonte de las relaciones de sujeción y dominación.

Corresponde al movimiento sindical demostrar y enseñar que la sindicalización y la persecución de los ideales de justicia, igualdad y libertad real buscan restablecer la reciprocidad en las relaciones sociales entre los seres humanos, no simplemente beneficiarse como movimiento de clase. Con este objetivo en vista es necesario volver a las raíces del sindicalismo como proyecto general de emancipación y mecanismo de humanización de las relaciones de producción. Recordemos cómo Marx ve en la lucha del proletariado la vía hacia un mundo donde no gobierne la arbitrariedad de quienes detentan los medios de producción y determinan la vida de los trabajadores. Pero en lo que se equivoca Marx es en que dicha lucha tenga que ser violenta, lo cual refleja una caída desesperada en el realismo político, así como un conocimiento poco desarrollado de la fuerza fáctica del discurso normativo, no asociable a la religión o a la metafísica.

Así las cosas, dentro del programa de reivindicaciones sindicales de la clase trabajadora al servicio del Estado deberían recuperarse todas las acciones y actividades tendientes a liberar al ser humano de las cadenas de la opresión, entre ellas el uso irracional de los recursos escasos, en el caso de la justicia, el abuso de las acciones y los procedimientos judiciales —la conflictividad judicial— en el contexto de la privatización y del desmonte del Estado social de derecho. Bajo esta óptica, dos metas estratégicas saltan a la vista para el movimiento sindical de la rama judicial: la racionalización del uso de la administración de justicia, por parte de la población en general; la estatización de la justicia, con el consecuente desmonte de su privatización.

El sindicalismo en la rama judicial puede ser, por sobre todo, un mecanismo que permita recuperar el sentido de la comunidad política. Esto porque la autonomía de la justicia es precisamente

el factor que dota de legitimidad a cualquier régimen político y social. Sin justicia imparcial, virtud suprema de la sociedad, el ejercicio del poder por parte del ejecutivo o del legislativo no tendría aceptabilidad para una sociedad civil crecientemente conciente de sus derechos. La comunidad política, como construcción colectiva a la que pertenecemos todos y de la cual dependemos, es precisamente la realidad supraindividual que nos permite hablar de un "nosotros", de un bien común, de una *res publica* compartida, que no se reduce a la simple agregación de intereses actuales, sino que resume una experiencia histórica colectiva como grupo humano diferenciable y distinguible por sus creencias, deseos, propósitos, emociones, etcétera.

Estos tres objetivos —reconocimiento de singularidades plurales, restablecimiento de la reciprocidad, recuperación de la comunidad—, inspirados en el magnífico libro *La sociedad de iguales* del historiador y sociólogo francés Pierre Rosanvallon,[306] pueden ser promovidos mediante múltiples medidas que refuerzan la tesis según la cual existe una relación complementaria entre sindicalismo y republicanismo, no una relación de contradicción.

Primero, una justicia más profesional y técnica, descargada de una sobreutilización irracional de las capacidades humanas, aligerará el trabajo de los servidores públicos de la justicia, mejorando sus niveles de vida, a la vez que permitirá entender que la rama judicial es una garantía fundamental para la realización de los derechos fundamentales de todos. La correcta y eficaz combinación de funciones constitucionales y legales, por parte de los servidores públicos del sector justicia, podría convertirse en el principal motor de promoción y garantía de los principios, derechos y deberes constitucionales. La rama judicial debe representar los intereses del pueblo, hablar en su nombre y tener como meta suprema la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales. En este terreno es necesario cambiar la comprensión distorsionada que tienen algunos del sindicalismo, mediante la proposición de políticas públicas, programas y mecanismos concretos para poner a la rama judicial al servicio de la

[306] Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de los iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2012.

población para la efectiva satisfacción de sus derechos humanos y fundamentales.

Segundo, es importante evitar la privatización de la justicia —por ejemplo, con la creación de más y más tribunales de arbitramento, entre otros los contenidos en los TLC que crecientemente viene suscribiendo el gobierno colombiano en desmedro de los intereses nacionales, o con el establecimiento de tarifas o la asignación de pleitos a notarios o abogados privados—. Oponerse a la privatización de la justicia significa defender su neutralidad de la justicia como un tercero imparcial llamado a resolver las controversias según la ley y no según los intereses políticos de turno. La sindicalización de la rama judicial puede erigirse en barrera a la reducción de las funciones del Estado y a la privatización de ámbitos antes sustraídos a la lógica del mercado. No la defensa de privilegios de clase, sino el objetivo de fortalecer la función pública de justicia que debe estar en el centro del discurso sindical en la rama judicial.

Tercero, el sindicalismo, con la unión obrera para la defensa de derechos e intereses grupales, puede convertirse en un ejemplo positivo que promueva la defensa de la *res publica,* de los bienes públicos, de los intereses generales, de la asociación y participación de los diversos sectores sociales en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria. En uno de los momentos más críticos por el que transita la justicia luego del oportuno hundimiento de la reforma constitucional, ASONAL JUDICIAL puede asumir el necesario protagonismo para recuperar plenamente la autonomía e independencia, la dignidad y la virtud de la rama judicial. Ni el sistema de nominación y elección de altos magistrados y magistradas, ni el estatuto salarial, prestacional y de bienestar de la rama judicial, ni el sistema de reparto presupuestal existente, contribuyen a la defensa del bienes públicos ni de los intereses generales. El ultrapresidencialismo —por ejemplo mediante la influencia en el Consejo Superior de la Judicatura o en la nominación de magistrados o directores de los órganos de control— tiene efectos negativos para el control del poder y significa un retroceso histórico hacia el Estado autoritario.

Cuarto, el sindicato de la rama judicial debe cerrar filas con la academia y diversos sectores sociales en contra de la

mordaza fiscal a la justicia que pretende imponer el gobierno de turno, eliminando por esta vía la autonomía judicial y afectando dramáticamente los principios de Estado de derecho, de democracia y de respeto y garantía de los derechos humanos y fundamentales. Con la reforma constitucional que introduce el incidente fiscal, así como con los posteriores intentos de regulación por parte del ejecutivo que hacen volar por los aires la autonomía judicial, los mecanismos de protección constitucional y la intangibilidad de los derechos fundamentales, los procesos de democratización y defensa de la república han sufrido un fuerte golpe en Colombia. En este contexto, el sindicalismo de la rama judicial, con su experiencia en las luchas por las reivindicaciones sociales de los trabajadores, puede ser el autor social llamado a ponerse al frente de la defensa de la autonomía de la administración de justicia como principal valor de un régimen donde reine la libertad y la igualdad para todos y se vean realizados los derechos humanos y fundamentales, no uno donde los poderes económicos y sociales terminen por socavar y destruir el sueño inclusivo de la emancipación humana.

8.3. Conclusiones

El déficit republicano de nuestras instituciones es notorio. Si el diseño y funcionamiento del legislativo, del ejecutivo, del judicial y de los órganos de control son analizados a partir de los contenidos republicanos esbozados en la primera parte de este escrito, los resultados no son muy halagüeños. Por eso es necesario pensar en propuestas y medidas que permitan extender la democratización de la sociedad para la consecución de los ideales republicanos de libertad sin dominación, igualdad efectiva y solidaridad social. Las siguientes son solo propuestas en esa dirección.

Un primer gran cometido republicano será extender y mejorar la educación universal basada en las virtudes cívicas de apertura, curiosidad y escrutinio crítico. Empezando por el preescolar hasta la educación superior, la formación debería reconstruirse sobre tres ejes de capacidades o facultades: la lingüística-comunicativa-discursiva; la emocional-ético-estética; la matemática-lógico-cognitiva. Seres que hacen parte de un mundo cosmopolita

están llamados a ser diestros en diferentes lenguas, con habilidades lingüísticas que les permitan traducir sus pensamientos y sentimientos de una comprensión de mundo a otra; además, la capacidad de intercambiar constructiva y cooperativamente experiencias dirigidas al entendimiento, a la resolución de problemas sociales y la capacidad de estructurar de forma coherente y clara las propias posiciones, dan a las personas posibilidades de interactuar en un mundo plural y complejo. Las facultades emocionales, éticas y estéticas dotan de flexibilidad, respeto, reconocimiento y expresividad a las interacciones humanas. En este campo el progreso de las emociones morales promete afectar positivamente la filosofía moral o de la conducta buena en sentido absoluto *(Wittgenstein),* complementando lo que la razón con tanto esfuerzo no ha podido lograr: sensibilizar a las personas no solo en el respeto a los otros, sino hacia la solidaridad con su situación. Eso implica también la posibilidad de recrear bellamente el mundo en que vivimos mediante la expresión y la experimentación artística. En cuanto a las habilidades matemática, lógica y cognitiva, es indispensable para una sociedad justa y estable que sus miembros desarrollen la inteligencia lógico-matemática-cognitiva de forma que se conviertan en científicos autónomos, con creciente entendimiento de su mundo y con capacidad de resolver problemas complejos que afectan nuestra forma de vida.

El segundo elemento de la constitución republicana es la participación popular. La socialización exitosa de la persona y la democratización efectiva de la sociedad dependen de la internalización de prácticas sociales que incentiven la interacción humana permanente, según valores y fines prevalecientes en cada etapa de la vida. La descentración del yo, la sensibilización ante la situación del otro y el accionar colectivo para alcanzar metas superiores requieren de un permanente estímulo. La instauración de mecanismos para incentivar la participación popular y "politizar" a la ciudadanía de forma que esta se haga dueña de sus propios destinos permite hacer realidad la democratización de la sociedad. El vehículo fundamental para ello es la cultura, con sus clubes de lectura, de poesía, de teatro, de danza y música, deportes, comunicaciones, así como la integración en grupos, partidos o movimientos políticos. La creciente presencia de las redes sociales gracias a los avances de la tecnología en el campo de las

comunicaciones constituye un factor positivo que abre múltiples posibilidades a la vez que algunos riesgos de abuso que deben ser controlados. No solo la participación espontánea y ocasional, sino la adhesión a formas de expresión colectiva institucionalizadas —asociaciones estudiantiles y deportivas, de padres, de mayores adultos, sindicatos, clubes, etc.— deben ser incentivadas activamente por los distintos ministerios de la rama ejecutiva. El Estado no debe temer a la participación popular sino incentivarla; esto porque su legitimidad como estructura y mecanismo de poder depende precisamente de la aceptabilidad de sus actuaciones frente a una población educada en la virtud.

Desde sus orígenes el republicanismo ha querido neutralizar la arbitrariedad que implica en forma casi inevitable el ejercicio del poder. Una forma de intentar "domesticar" a los poderosos ha sido por vía del diseño institucional, en particular mediante la división del poder en varios cuerpos y en la contraposición de los mismos para neutralizar los abusos que puedan presentarse. En Colombia no parece ser efectivo dicho diseño. La corrupción campea y el desprestigio del Estado y sus instituciones es grande, en buena parte debido a la toma del mismo por una clase política homogénea y con gran capacidad de coordinación para apropiarse de las ventajas del ejercicio del poder con exclusión de otros sectores de la población. Uno de los factores que ha estado ausente del diseño institucional para dividir y controlar el poder es el territorial. El centralismo y la concentración de poder propios del ultrapresidencialismo desestiman que es a partir del nivel regional —en un sistema federado bien diseñado que devuelva la relevancia que la cultura debe tener para la organización social y la participación política—, que puede reorganizarse efectivamente la estructura política del país. Las ventajas del federalismo sobre el presidencialismo, pese a la experiencia fallida de 1863 y la tradición caudillista del subhemisferio, tienen que ver fundamentalmente con la pertenencia a una comunidad de destino como la forma más eficaz de combatir la corrupción política. La relativa autonomía política, fiscal, financiera y cultural de las cinco o seis grandes regiones del país —con la desaparición consecuente de las Asambleas— incentivaría un creciente proceso de apropiación de los imaginarios culturales, dentro de un proceso de sana emulación con otras regiones para el progre-

so de cada una de ellas y, claro está, dentro de esquemas de solidaridad y transferencias de regiones económicamente fuertes a regiones débiles. La propuesta de cambio en el sistema político podría tener aparejado una reforma al régimen electoral como la propuesta por el senador Sudarsky para darle mayor representatividad a los electores y exigir mayor responsabilidad a los elegidos. Soy conciente de la envergadura de la propuesta y de la multiplicidad de factores que tendrán que ser analizados y problemas que habrán de ser resueltos para poder ponerla en marcha. Pero eso no debe desanimarnos.

La ciudadanía social —que bien podríamos rebautizar en "agencia social" para no privilegiar la ciudad sobre el campo e incluir a todos por igual— es otra característica republicana que, si bien no está desarrollada en la literatura por ser relativamente reciente su surgimiento, debe ser llevada a la práctica para extender la democracia del ámbito institucional y electoral a la sociedad como forma de vida. El énfasis en la agencia política que distinguió al Estado de derecho propio de la sociedad liberal debe ser sustituido por un énfasis social que parta de la dependencia y precariedad del ser humano, de su necesidad de apoyo y protección. No son adultos blancos, inteligentes y adinerados quienes integran la sociedad civil, sino gran diversidad de seres humanos con multiplicidad de diferencias, capacidades y dependencias, las cuales solo pueden ser reconocidas, potenciadas y tramitadas mediante un orden colectivo que sepa administrar correctamente la complejidad, con el objetivo de potenciar al máximo las capacidades de todos y de utilizar los lazos sociales a favor de la realización plena de cada uno, según sean los planes de vida que se ha propuesto. Un orden estatal y social justo debe permitir el reconocimiento de la singularidad de personas y grupos[307] dentro de parámetros de respeto y comprensión, a la vez que defender la universalidad de la solidaridad social en el proceso de redistribución de bienes y ventajas que permitan la construcción de una sociedad de iguales, sin dominación, jerarquías, privilegios ni autoritarismo. La garantía de una ciudadanía o agencia social presupone la satisfacción material de las necesidades básicas que posibilitan a toda per-

[307] Rosanvallon, Pierre, *op. cit*.

sona ser un ciudadano pleno, esto es, participativo, deliberativo y crítico. El desarrollo de instrumentos para el análisis de las políticas públicas y sociales para la garantía de los derechos fundamentales de las personas es en este punto indispensable.

Finalmente, en cuanto a la deliberación crítica institucionalizada, el país afronta un proceso de negociación para arribar a la paz que resulta de la mayor importancia, no solo por su trascendencia para la vida futura de la sociedad, sino por el valor educativo que representa. Me refiero al intento más ambicioso de nuestra historia republicana que busca abandonar el estado de naturaleza y pasar a un estado de civilidad en el que rijan el respeto y la obediencia a unas mismas reglas del juego, contenidas en la Constitución y las leyes, que regulen la vida democrática y social. El gran valor de este aprendizaje radica, entre otros, en que los grupos acostumbrados a resolver sus conflictos por vía violenta han optado por acudir al diálogo, a la discusión y a la negociación, lo que los obliga a reconocer a la contraparte como un igual, pese a sus diferencias ideológicas. Razones, no tiros, es lo que presupone una civilización que reemplaza la fuerza de las armas por la fuerza de las leyes. Pero el paso de una práctica a otra no es fácil. Requiere de un alto nivel de conciencia y compromiso con los presupuestos de una democracia deliberativa y contestataria, a saber: renuncia de verdades absolutas, aceptación de pluralismo, aseguramiento de mínimos materiales para superar la inseguridad que propicia la violencia, virtudes cívicas internalizadas, estructuras y procedimientos equitativos para expresar las diversas posiciones.

Las virtudes cívicas y la agencia social, cuando son realizadas en la práctica, constituyen un campo más fértil para la institucionalización social de la deliberación crítica. Sin la angustia del hambre ni el rencor generado por la exclusión y la injusticia, es posible mirar a los otros a los ojos, tranquilizarse, escucharlos e intercambiar ideas y pensamientos.[308] La universalización de la educación en la virtud y del bienestar material mínimo permite pasar de interacciones sociales regidas exclusivamen-

[308] Rorty, Richard, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad", en S. Shue y S. Hurley (eds), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 117-136.

te por la acción estratégica a relaciones gobernadas, de forma creciente, también por la acción orientada al entendimiento.[309] La creación de más y mejores espacios de discusión y diálogo son indispensables para la construcción de una sociedad civil reflexiva y deliberante. Las redes sociales son de gran importancia para este propósito.

Pero quizás la mayor importancia de una cultura deliberativa, crítica y contestataria, es que las personas mismas toman en sus manos sus propios destinos y buscan transformar su sociedad según una finalidad específica: la realización de sus derechos y libertades fundamentales. Esta meta de ordenación social no deja de presentar problemas, en buena medida por el número y la diversidad de las demandas sociales, así como por la debilidad y pequeñez de las estructuras colectivas institucionales —en particular el Estado social, democrático y participativo de derecho— destinadas para posibilitar su cumplimiento. Es por ello que se hace tan necesaria la expansión de la quinta y última característica del republicanismo en nuestra cultura: la permanente y paciente, abierta y respetuosa, actitud de deliberación racional, única alternativa a la violencia.

[309] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Barcelona, Taurus, 1987, t. I.

9. Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina

9.1. Introducción

El filósofo John Searle en un bello libro[310] analiza la estructura de los hechos sociales lingüísticamente constituidos. Ejemplo de tales hechos son los billetes de dinero o los derechos humanos, entre otros. Determinante para la existencia de hechos sociales creados por los seres humanos es la atribución de funciones de estatus a objetos o personas que por sí mismos no tienen esas funciones. Un trozo de papel con tinta no es, por sí mismo, dinero. Se requiere que sea reconocido y aceptado como tal. Las palabras escritas en la Constitución o las sentencias constitucionales no son, *per se,* derechos fundamentales. Para que algo o alguien cumpla una función en sí no se requiere, por sobre todo, una intencionalidad colectiva, esto es, el reconocimiento y la aceptación de que el objeto o la persona tienen una función de estatus.[311] Sin intencionalidad colectiva no podemos ejercer los poderes deónticos, esto es, el poder no meramente fáctico sino normativo, que distingue el derecho de la fuerza física. El dere-

---

* Este trabajo fue publicado en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades, desafíos,* publicado por Arwin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, M. Morales (coords.), Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht-México, UNAM-IIJ, 2014.

310 Searle, John, *Making the social world. The Structure of Human Civilization*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

311 *Ibidem,* p. 8.

cho como orden deóntico y los derechos humanos como poderes deónticos[312] hacen parte de la realidad social creada por nosotros mismos mediante actos lingüísticos intencionales. Este hecho —que los derechos humanos sean una realidad social lingüísticamente construida— hace tan precaria y a la vez tan comprometedora la tarea de teóricos y activistas que buscan la paz por vía del derecho.[313]

Los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional son ciertamente tres pilares del constitucionalismo contemporáneo. América Latina no es la excepción en este proceso cultural. Obviando los naturales desacuerdos sobre el correcto balance entre activismo judicial y principio democrático, lo cierto es que las últimas dos décadas de historia latinoamericana han traído avances importantes en la construcción colectiva de la realidad social institucionalizada, entre ellos la creciente protección de los derechos fundamentales y del régimen democrático por parte de los jueces constitucionales. Sin pecar en exceso de optimista, podríamos decir que por primera vez en

312 *Ibidem,* pp. 8-9, 174 y ss.

313 La construcción de la realidad social que es el derecho no es ajena al contexto histórico que la posibilita o impide. El progreso de los pueblos depende de múltiples factores cuyo direccionamiento exige del aprendizaje de experiencias pasadas y de la sensibilización frente al sufrimiento. El siglo xx nos ha deparado un apreciable progreso en el reconocimiento e institucionalización de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Ya Kant en *Sobre una paz perpetua* (1998) había advertido la capacidad que tienen los seres humanos de construir un orden social donde el derecho prime sobre la fuerza. Aludiendo a lo mismo que luego John Searle y la filosofía de la acción denomina "intencionalidad colectiva", el filósofo de Könisberg inicia su reflexión sobre el derecho y la moral en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1996) con la afirmación de que no hay nada en el mundo ni fuera de él "más grande que una buena voluntad". La buena voluntad como disposición colectiva común es necesaria para que exista intencionalidad colectiva, de la cual depende a su vez que el derecho cumpla su finalidad pacificadora. Si avistamos la realidad política de América Latina en el último medio siglo podemos constatar un acervo común pese a la diversidad: el derecho constitucional a nivel nacional y el derecho internacional avanzan en la teoría y en la práctica. Este desarrollo constituye un parámetro normativo compartido que posibilita un discurso común entre los pueblos del continente.

muchas décadas el continente americano vive una primavera democrática basada en el aumento del uso de los derechos individuales y colectivos como mecanismo de reconocimiento social y cultural, a la par con la internacionalización del derecho constitucional gracias a la creciente importancia que ha adquirido el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En el pasado, casos como los de la salud o la vivienda en Colombia, o los de Gelman contra Uruguay o Leopoldo López contra Venezuela, donde los derechos individuales triunfan sobre los intereses generales validados por las mayorías democráticas, eran impensables. En este contexto cabe preguntarse por las relaciones entre derechos fundamentales, democracia y jurisdicción constitucional en cuanto fundamento de todo posible derecho constitucional común en el subcontinente.

¿Cómo se entienden los derechos fundamentales en América Latina? ¿Qué modelo de democracia acogen las constituciones contemporáneas en esta parte del mundo? Y, en especial, ¿cómo interactúan los jueces constitucionales con los funcionarios elegidos popularmente, en particular con los legisladores y el ejecutivo? La experiencia comparada de la justicia constitucional en diversos países de Suramérica permite responder tentativamente los anteriores interrogantes. Mi tesis es que el derecho constitucional latinoamericano se basa sobre tres pilares: una concepción interdependiente de los derechos fundamentales; una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional.

En la experiencia constitucional de América Latina el protagonismo de los derechos fundamentales es una constante compartida. Un elemento común en la justicia constitucional es una visión sustantiva del derecho que aplica prioritariamente la parte dogmática de la constitución sobre la parte orgánica funcional y acoge con rango supra-constitucional el derecho internacional de derechos humanos en el orden interno bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Las realidades de inequidad social y desigualdad económica hacen la diferencia específica con los países del Norte. En el Sur existe, en principio, una conciencia colectiva que otorga mayor prioridad a la igualdad sobre la libertad, mientras que en el Norte la relación es la inversa. Emblemático es la tesis de John Rawls so-

bre la prioridad de la libertad,[314] brillantemente cuestionado por Herbert Lionel Adolfus Hart[315] en 1973. Como Partha Dasgupta ha sostenido, el desarrollo económico de una sociedad es parámetro de su contrato social: "es posible que a los derechos el contrato social de las sociedades periféricas —dice Dasgupta en clara alusión a John Rawls y la prioridad de la libertad— no les sea dada la prioridad sobre los derechos sociales y económicos en un contrato social hipotético escrito por una sociedad pobre".[316]

Quisiera a continuación sustentar en tres pasos mi tesis según la cual un *ius constitutionale commune* para Latinoamérica puede sustentarse en una concepción integrada de los derechos fundamentales, una social de la democracia y una participativa de la jurisdicción constitucional, características que distinguen la construcción de la realidad social del derecho en el continente.

9.2. Derechos fundamentales: la sustancia

Siguiendo a Tugendhat[317] podemos entender los derechos humanos como exigencias que nos hacemos mutuamente en la medida que nos queremos comprender moralmente, esto es, vernos no como meros instrumentos para ciertos fines sino como fines en sí mismos. Los derechos humanos, constructo conceptual y práctico ideado para evitar la instrumentalización de las personas, por estar hechos de "un material muy etéreo", requieren de institucionalización. Ello ha llevado desde hace siglos, en diversos momentos de intenso sufrimiento humano —en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, América, etc.—, a que las exigencias de grupos o individuos se plasmen en forma de derechos humanos o fundamentales en declaraciones internacionales o en constitucionales nacionales.

---

314 Rawls, John, *Una teoría de la justicia*, 2ª ed., México, FCE, 1995 (orig. 1970).

315 Hart, Herbert, L. A., *Essays in Philosophy and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1983 (orig. 1973).

316 Dasgupta, Partha. *An Inquiry into Well-Being and Destitution*. Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 47.

317 Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Pese al gran avance que significa la institucionalización de los derechos humanos, lo cierto es que para hacerlos realidad no basta su positivización. Para su protección efectiva les es reconocido un estatus especial: se trata de derechos fundamentales, esto es, derechos tan importantes que merecen ser garantizados constitucionalmente por vía de diversos mecanismos, en especial las acciones y los procedimientos de defensa judicial. Solo los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales o en las constituciones políticas tendrían el rango suficiente para recibir protección constitucional reforzada. Detrás de tal exigencia de estatus especial se encuentra el principio democrático. Cada Estado nacional tendría, en principio, la decisión soberana de establecer en su pacto social cuáles derechos considera fundamentales. No obstante, contra la adopción de este criterio formal para la determinación de cuáles son los "verdaderos" derechos fundamentales —si los de estirpe liberal o también los derechos sociales, económicos y culturales— se oponen razones de peso. La declaración de Viena en 1993 por parte de los países reunidos en la ONU exige reconocer la indivisibilidad, interdependencia e universalidad de todos los derechos humanos, sin distinciones. Por otra parte, no existen razones filosóficas que justifiquen excluir una o varias clases de derechos de su reconocimiento como fundamentales.

En general, la experiencia del derecho constitucional jurisprudencial en América Latina muestra que en el continente se ha acogido ampliamente la concepción integral de los derechos que reconoce y acepta que todos los derechos sean de estatus positivo o negativo, pueden adquirir el estatus de fundamentales. La tesis de la interdependencia entre unos y otros derechos apunta a reconocer y adoptar en la práctica una concepción integral de los derechos fundamentales, no obstante las dificultades metodológicas existentes para determinar racional y objetivamente por vía jurisdiccional su vulneración.

La concepción integral de los derechos fundamentales en el *ius constitucionale commune* latinoamericano contrasta con otras alternativas que entienden los derechos bien como meras garantías individuales o como reglas del proceso democrático. La primera opción es la adoptada desde Thomas Hobbes por la tradición liberal: los derechos subjetivos, entendidos como ámbitos

de autodeterminación individual, son vistos como restricciones a la acción de terceros que aseguran la libertad individual, no como exigencias negativas y positivas que podemos hacernos mutuamente en la medida que nos comprendemos moralmente. Según el entendimiento hobbesiano y liberal, los derechos subjetivos desatan al individuo de sus obligaciones asociativas y le aseguran un espacio de libre determinación sin la interferencia de otros, lo cual es funcional para la competencia entre maximizadores de intereses, pero poco apto para construir una sociedad donde la cooperación y la solidaridad tengan cabida. Por otra parte, la comprensión de los derechos fundamentales como proceso que delimita las reglas del juego democrático, tan funcional en algún tiempo para el desarrollo de la sociedad liberal y del capitalismo, no es en día adecuada para enfrentar la interdependencia mundial y los riesgos ambientales, tecnológicos y vitales que se ciernen sobre la pequeña aldea global. No es sino observar que la soberanía democrática de los Estados contemporáneos ha tenido que ceder terreno ante el avance de las jurisdicciones universal, regional y local para la defensa de los derechos humanos entendidos en su integralidad.

Tampoco la concepción de los derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia, en el sentido de Hans Kelsen[318] o más recientemente de Habermas,[319] es satisfactoria. Ambos autores hacen una concesión demasiado grande: el primero, a la democracia liberal; el segundo, a la democracia procedimental, en desmedro del reconocimiento y de la aceptación de los derechos fundamentales como exigencias morales institucionalizadas que pueden incluir los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales.[320] En especial no es aceptable que los derechos civiles, políticos y de participación gocen de una fundamentación absoluta mientras a los derechos sociales, culturales y ambientales solo se reconoce una fundamentación relativa al paradigma de Estado que se adopte democráti-

318 Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002 (orig. 1929).

319 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998, orig. 1992.

320 Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, orig. 2001.

camente por cada sociedad, como en Habermas.[321] Ello supone reconocer un estatus funcional diferente a los derechos negativos o de libertad y a los derechos positivos o prestacionales, siendo que todos los derechos cuestan —como lo han mostrado Holmes y Sunstein—[322] y todos los derechos exhiben tanto facetas positivas como negativas —véase Abramovich y Courtis—.[323]

En resumen, los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas[324] a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del Sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *ius constitutionale commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónticos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales.

9.3. Democracia: el procedimiento

Un segundo pilar de un derecho constitucional común es el principio democrático. Una definición general de democracia supone, como mínimo, tres elementos: (i) la autodeterminación política del pueblo en elecciones periódicas; (ii) el establecimiento de periodos fijos para los representantes elegidos, y (iii) la adopción del sufragio universal. No obstante, múltiples son las concepciones o modelos de la democracia que concurren en el

321 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez..., cit*.

322 Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, orig. 1999.

323 Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

324 Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital", en *Estudios Ocasionales*, Bogotá, CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2002, pp. 7-74; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.

debate. Para esclarecer las opciones existentes es importante tener a la vista y evaluar las bondades y los defectos de los modelos liberal, deliberativo y social.

La democracia como procedimiento, mediante el que se forma y expresa la voluntad popular, puede adoptar una forma representativa, una deliberativa o una social, dependiendo de los presupuestos teóricos de los que parta. Una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político —la elección periódica de representantes mediante sufragio universal— al ámbito público informal —la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades—. Las ventajas de esta concepción son múltiples, aunque no todos los países de América parecen orientarse por ella.[325] A continuación describo sucintamente los presupuestos sobre los que se postulan los tres modelos normativos de democracia y argumento a favor del modelo social como el más apto para enfrentar los retos particulares de la desigualdad y la inequidad social en el continente.

El modelo liberal es sin duda importante. Al poner la vida, la integridad y la libertad individual a la base del orden social, el modelo liberal posibilita la iniciativa y el emprendimiento privado. La jurisprudencia sobre estos derechos es ampliamente apreciada. Las condenas internacionales a los Estados partes de la Convención Americana por masacres o desaparecimientos, o por violación del Estado de derecho, como en el caso de la segunda reelección presidencial en Colombia, refuerzan la democracia liberal. La limitación del poder es consustancial a este modelo. La democracia liberal no es democracia desatada sino democracia encausada por el Estado de derecho. La debilidad del modelo es que parte de presupuestos iusnaturalistas insostenibles: su abstracta idea del individuo como libre e igual refuerza las desventajas reales para personas y grupos desfavorecidos. Su

[325] Véase Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

concepción de libertad negativa[326] como libertad de optar es funcional al modelo neoclásico en la economía y ofrece reglas claras para regular las expectativas de comportamiento. Pero su ceguera ante la discriminación racional, de género, de minorías étnicas o lingüísticas, no compensa las ventajas del libre mercado ni de la competencia sin restricciones. Si la democracia es el procedimiento por el cual se forma y expresa la voluntad general, a dicho procedimiento no acceden en el modelo liberal las personas que por su situación diversa o por su grado de debilidad no logran competir con los agentes racionales orientados según fines, por lo general de lucro.[327]

El modelo deliberativo de democracia presenta grandes ventajas.[328] En la concepción de Habermas se supera el perfeccionismo de la propuesta republicana basada en la virtud, lo cual hace inviable al republicanismo en las sociedades pluralistas modernas. La democracia deliberativa parte de una idea de persona como ser dialogante, comunicativo y discursivo que puede llegar a acuerdos estables gracias al uso del lenguaje orientado al entendimiento. El respeto de la autonomía privada y pública, así como de las reglas y procedimientos argumentativos, aseguran una legitimidad a las decisiones colectivas que el modelo liberal por su formalismo o el republicano por su ambición no logran garantizar. El diálogo, la deliberación y la argumentación otorgan a este modelo su carácter antiautoritario, antipaternalista y abierto a escuchar otras razones. Por otra parte, la democracia deliberativa acierta al identificar en la línea de Rousseau y Kant, los gestores de las normas con sus propios destinatarios, dotando así de legitimidad al orden político y facilitando la obediencia al derecho por medios no coactivos. Las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia que han declarado inconstitucionales leyes por haber sido aprobadas sin suficiente ilustración y debate, no dándole a la oposición la posibilidad de

326 Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2005 (orig. 1958).

327 Shklar, Judith, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, New Haven, Harvard University Press, 1998; *Los rostros de la injusticia*, Barcelona, Herder, 2010, orig. 1990.

328 Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.

controvertir las razones de la mayoría en el Congreso, son un buen ejemplo de este modelo. Pese a todos los factores positivos descritos, el procedimentalismo de la democracia deliberativa no logra proteger efectivamente a minorías étnicas y culturales, no es suficientemente sensible a la perspectiva de género ni capta en toda su dimensión las asimetrías de la desigualdad económica en sociedades no bien ordenadas, con alto grado de disfuncionalidad institucional y debilidad de la sociedad civil. Un ejemplo de lo anterior es el minimalismo judicial defendido por Cass Sunstein[329] o las decisiones constitucionales adoptadas por Cortes Constitucionales consistentes en declarar la inconstitucionalidad de una regulación normativa, como el caso de la regulación penal del aborto en Colombia, pero devolver de nuevo el estatuto o norma al Congreso de la República para adoptar de nuevo una decisión luego del proceso deliberativo y decisorio respectivo. El modelo deliberativo de democracia es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados. La oposición de Habermas a las leyes de cuotas como mecanismo de corrección de injusticias históricas contra grupos de población[330] es un buen ejemplo del carácter ideal de dicho modelo, lo cual lo aleja como candidato a seguir en el contexto latinoamericano.

Por último, el modelo de la democracia social —democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin[331]— pone el acento en el carácter relacional del ser humano. La interdependencia de los ciudadanos en una comunidad política no permite partir de presupuestos individualistas o centrados en el mercado como instrumento exclusivo de regulación de las interacciones sociales. Por el contrario, la fórmula política del Estado social de derecho, acogida por buena parte de las constituciones latinoamericanas, exige la intervención permanente del Estado en la economía y el proceso político para asegurar los fines sociales del Estado. Este compromiso entre la libertad y la igualdad hace posible pensar

329 Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 239 y ss.

330 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez..., cit*.

331 Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2006.

en limitaciones a la libertad en aras de asegurar la democracia, como propone acertadamente Dworkin en Estados Unidos con la financiación estatal de las campañas políticas para evitar que el dinero sesgue los resultados electorales. Múltiples decisiones constitucionales hablan a favor de una democracia social que asegure una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta. Podemos mencionar los casos en materia de salud en Colombia, Argentina o Brasil. Por su parte las sentencias sobre atención a la población desplazada en Colombia y sus autos de seguimiento son buenos ejemplos de la lucha contra la desigualdad por vía de acciones afirmativas y órdenes estructurales con enorme costo presupuestal, medidas no entendibles bajo el prisma de una democracia liberal o una deliberativa. El modelo de democracia social parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano. Los jueces constitucionales del Estado social de derecho tienen en este modelo de democracia un papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político.

9.4. Jurisdicción constitucional: la garantía

Un tercer pilar del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica lo constituye la jurisdicción constitucional como garantía para la realización de los derechos fundamentales y la democracia. Atendidas las especiales circunstancias de inacción legislativa, clientelismo, baja participación política y desigualdad social, es comprensible el activo rol que cumplen los jueces constitucionales en nuestros países.[332] La función principal de la jurisdicción constitucional es hacer valer la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos nacionales. En esta tarea los jueces constitucionales representan

[332] Landau, David, "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, 2011, pp. 13-83.

argumentativamente[333] de las personas o grupos que recurren a ellos.

La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado.[334] Los jueces, si actúan con integridad en el foro de los principios que son los tribunales constitucionales,[335] están en capacidad de desbloquear el proceso democrático y tomar decisiones difíciles que los políticos no se atreven en ocasiones a tomar por temor a las consecuencias. De las diferentes modalidades en que se ejerce la jurisdicción constitucional, en forma centralizada o difusa; mediante el control abstracto de normas y/o el control concreto de actuaciones u omisiones violatorias de los derechos fundamentales; con la participación o no de ciudadanos y organizaciones civiles en los procedimientos constitucionales, depende el éxito de la función constitucional. También de los alcances de las decisiones constitucionales —efectos *intuitu personae*, *erga omnes*, *inter partes* o *inter communes*, etc.—; de la modalidad de las medidas a adoptar —comisiones ciudadanas para vigilar el cumplimiento de las sentencias—, y de la integración, periodo o vinculación política de los magistrados dependen la eficacia de la garantía judicial. En este punto es claro que un diseño de jurisdicción constitucional difuso, participativo, con integración independiente y amplios poderes de acción, asegura mejor el cumplimiento de los objetivos para los cuales ha sido creada la institución.

La alternativa de concebir la justicia constitucional como procedimiento participativo y dialógico[336] exige adoptar nuevas herramientas metodológicas para impedir actuaciones deficien-

333 Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Ibánez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 12-18.

334 Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do..., cit.,* pp. 239 y ss.

335 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford Uuniversity Press, 1985.

336 Young, Iris Marion, *Intersecting voices*, Princeton, Princeton University Press, 1997, pp. 60 y ss.

tes u omisivas[337] que violan los derechos fundamentales de amplios sectores de la población. Una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces,[338] por diferentes o extrañas que sean, tengan en ella cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional. Buen ejemplo de jurisdicción constitucional participativa son las sentencias colombianas que reconoce un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de los grupos étnicos, en directa aplicación del convenio 169 de la OIT. Es así como la Corte Constitucional ha invalidado leyes sobre explotación forestal, agraria y minera porque en el trámite legislativo no se dio participación suficiente y oportuna a los grupos étnicos que podrían verse afectados por las medidas legales aprobadas.

9.5. Conclusiones

En conclusión, podemos afirmar que las transformaciones constitucionales en Latinoamérica a partir de finales de los años ochenta tienen algo en común: la lucha contra la desigualdad para alcanzar una verdadera autonomía se libra dentro de un marco común de tres principios: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. Si bien existen diferencias que podrán ser descritas y analizadas en estudios de jurisprudencia constitucional comparada, tales diferencias obedecen a un experimentalismo en materia democrática y constitucional. Parte del valor que tiene el estudio sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina, promocionado por el Instituto Max Planck de Derecho Público Internacional y Comparado en Heidelberg, consiste en que por

337 Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009; "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385-428.

338 Young, Iris Marion, *Intersecting voices*, Princeton, Princeton University Press, 1997; Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, Barcelona, Herder, 2010, orig. 1990.

primera vez tendremos una descripción y un análisis exacto de los orígenes, evolución, características, desafíos y destino posible del derecho constitucional en el subcontinente. Las reflexiones anteriores se ocupan de los que considero tres pilares sobre los que se apoya el proyecto común: una concepción integral de los derechos fundamentales, una concepción social de la democracia y una concepción participativa de la jurisdicción constitucional. Sin caer en falsas pretensiones, el proyecto apuesta a una construcción colectiva de la realidad social en Latinoamérica a partir del derecho constitucional, como alternativa a enfoques que no toman suficientemente en cuenta su experiencia histórica en la regulación de las relaciones entre poderes públicos y la sociedad civil, dado el nivel de conciencia democrática hasta ahora alcanzado. El éxito del proyecto comparativo, trasnacional y dialógico de derecho constitucional jurisprudencial permitirá estar en una mejor posición para analizar y revisar su curso, así como para emprender, con base en argumentos objetivos, las reformas necesarias para optimizar las instituciones encargadas de la realización efectiva de los derechos fundamentales y la democracia.

10. Libre comercio y sus peligros para la democracia

10.1. Introducción

Los tratados de libre comercio diluyen los presupuestos de la democracia, especialmente en países con altos niveles de desigualdad y disfuncionalidad institucional. Sus efectos son devastadores para las personas, las comunidades y las naciones. Esto porque la igualdad entre Estados en cuanto a la capacidad instalada del aparato productivo y grado de desarrollo de las fuerzas productivas es inexistente. Lo que aparentemente es equilibrado y equitativo en un primer momento, con el paso del tiempo revela las consecuencias de la asimetría absoluta entre países en posición de predominio y países dependientes. Eso se ve en todos los ramos, empezando por el comercio y terminando en la cultura y la educación, lo que se hace evidente desde la perspectiva de lucha por los recursos naturales en el derecho internacional.[339]

El avance de la globalización económica fomenta, además, la despolitización de la población. De seres políticos pasamos a *homos economicus*. El individuo estrecha sus miras hasta reducir sus preocupaciones existenciales a un análisis costo-beneficio de todas sus decisiones personales. La amenaza que se cierne sobre las artes y las humanidades en los planes de estudios a nivel mundial es un buen ejemplo de este estrechamiento de miras.

---

[339] Fechtner, Isabel, "Kampf um Rohstoffe im Völkerrecht", en revista *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ),* vol. 1, 2016, pp. 3-15.

Con el imperio de lo económico se ahondan igualmente diversas formas de la dominación: la tercerización en la contratación laboral, la precariedad del empleo, la inseguridad alimentaria, las políticas de subsidios focalizados para aminorar los efectos del ajuste estructural de un estado reducido que abandona la función de promover el bienestar. La disolución de la solidaridad y la pauperización del trabajo son consecuencias inevitables, y hasta queridas, de una sociedad que solo entiende el código de la productividad, la rentabilidad y la ganancia. En estas circunstancias la democracia, entendida como la autodeterminación de un pueblo, se convierte en simple ilusión.

En la era de la liberalización y la desregularización del comercio internacional se tiende a naturalizar el clientelismo y la corrupción política. Los funcionarios públicos se tornan en agentes de intereses privados a los que han servido antes de llegar al Estado o a los que servirán luego de abandonarlo. Tony Blair, Gerhard Schröder, Felipe González, entre otros, trabajan hoy para grandes consorcios energéticos o cabildean intereses de empresas internacionales, sin pudor alguno por usar información y vínculos con instancias gubernamentales. Las élites político-económicas burlan la voluntad de los pueblos y venden un futuro de bienestar y opulencia ajeno al creciente malestar social.

En este último capítulo reflexionaré sobre las posibles causas que explican los devastadores efectos de la liberalización del comercio a nivel mundial (10.2). Intentaré mostrar por qué el libre comercio, tal como ha sido concebido y viene siendo practicado, implica un peligro para la democracia y el orden constitucional democrático y republicano, tanto a nivel nacional como mundial (10.3). Al final esbozaré cómo podría concebirse un orden político que, sin negar las bondades del mercado, pone los énfasis no en la acumulación de capital sino en la emancipación humana, finalidad que debe guiar la convivencia democrática y el orden político cosmopolita (10.4), para terminar con unas breves conclusiones (10.5)..

10.2. Orígenes de liberalización comercial sin fronteras

Mucho se ha reflexionado sobre las causas del avance desenfrenado de la economía capitalista y de su motor financiero. Ya Mon-

tesquieu en el siglo XVIII ironizaba sobre la posibilidad misma de hablar de virtudes republicanas al referirse a los comerciantes ingleses, cuando estos pensaban más en la moda y el lujo que en el bienestar general. ¿Cómo podía progresar la virtud en un pueblo solo preocupado por el comercio y las ganancias, sin tiempo para cultivar los bienes más altos del espíritu humano? Pero no es necesario volver al comunitarismo del siglo XVIII para buscar alternativa al libre comercio desenfrenado. Más importante parece reflexionar sobre las raíces profundamente ideológicas del "libre" comercio.

Tomemos para empezar al padre de la economía moderna, Adam Smith. A él se atribuye la doctrina de la mano invisible del mercado, motor del crecimiento económico por vía de la iniciativa privada y la autocomposición de intereses contrapuestos en la ley de oferta y demanda, así como la sorprendente tesis según la cual maximizar intereses privados favorece al mismo tiempo el interés general como consecuencia del aumento de la riqueza total. El cómodo silencio de Smith frente al tráfico de esclavos, gigantesco y moralmente cuestionado negocio que generaba grandes ingresos a la economía anglosajona en su tiempo, proporciona una pista de cómo se independizó históricamente el pensamiento económico liberal de las "opresivas ataduras morales". La especialización del conocimiento económico terminó por guardar silencio ante el comercio de seres humanos y otras prácticas de economía subterránea que hasta hoy conviven con las economías oficiales sin permitirnos sacar todas las consecuencias de adoptar uno y otro modelo económico, en particular en un mundo poscolonial con nuevas y crecientes formas de dominación.

El origen del capitalismo como modelo de producción centrado en la acumulación de capital, no en la protección de la tierra o del trabajo, se retrotrae en la historia a los inicios de la modernidad, en particular al surgimiento del individualismo y de su relación de apropiación y transformación de la naturaleza. La división y especialización del trabajo, de la mano de las revoluciones científicas y tecnológicas, serían el vehículo por excelencia para expandir el proceso productivo, extractivo, acumulativo y antropocéntrico que hoy tiene en jaque la sostenibilidad del planeta.

Como bien lo analizaron los filósofos de la escuela crítica de Frankfurt Adorno y Horkheimer en *la Dialéctica de la Ilustración*,

la razón instrumental, que desembocará en el exterminio judío de Auschwitz y en el uso de restos humanos como mercancías, estaba ya prefigurada en la filosofía de Descartes en el siglo XVII. Fue el filósofo francés quien con su reflexión del *cogito ergo sum*, de la división entre *res cogitans* versus *res extensa*, invitó a analizar, contabilizar, tabular, segmentar y disponer del mundo exterior, según los propósitos y necesidades humanas. El ser humano se convirtió así en supremo rey y administrador de la naturaleza, sometida a los designios de una especie superior, el *homo sapiens sapiens*.

La jerarquización de los seres vivos, con predominio de los seres humanos, avanzó a través de los siglos con la arrogancia de quienes sienten superioridad frente a otras especies, trayendo aparejada la insensibilidad hacia el dolor de otros seres sintientes, en particular los animales. Hoy algunas constituciones latinoamericanas, como la de Ecuador o Bolivia, desafían el paradigma antropocéntrico al reconocer derechos a los animales y a la naturaleza.

Las consecuencias políticas de la aplicación de una racionalidad instrumental al cuerpo social se hacen manifiestas en el *Leviatán* de Thomas Hobbes. La inventiva humana dará pie a la creación de un cuerpo artificial o Estado, con poderes irresistibles, capaz de someter por la violencia y el miedo a los individuos, en aras de alcanzar la paz.

La reducción de la razón humana a su mera dimensión instrumental será advertida por Immanuel Kant a fines del siglo XVIII. La razón pura tendría, a ojos del filósofo alemán, que poder ampliarse, mediante el examen crítico de sus facultades, con el fin de abarcar la moralidad. Pese a su enorme influencia para la posteridad, la filosofía práctica kantiana será denunciada luego de individualista y liberal —por Hegel y luego por Marx, entre otros—, siendo combatida por doctrinas más proclives a la búsqueda de utilidad colectiva, como el utilitarismo o el comunismo.

Científicos y filósofos se han preguntado sobre el origen mismo del modelo de producción capitalista, del predominio del capital frente a la tierra y al trabajo, como factor de generación de riqueza. El capital financiero, en particular, la posibilidad de que el dinero genere dinero, mediante el préstamo a quien no lo tiene y lo necesita, vino a ocupar un lugar hegemónico en la estructura

social a partir de la acumulación de capital. La acumulación de oro y plata, productos no perecederos explotados masivamente con el descubrimiento de América y el comercio de esclavos, permitirá la industrialización temprana y la generación de plusvalía mediante la expropiación del valor del trabajo a manos del capitalista y en desmedro de esclavos y luego asalariados.

Alabado por muchos por ser factor decisivo de desarrollo, vilipendiado por otros debido a la creación ficticia de riqueza en desmedro de los peor situados, el capitalismo financiero ha terminado por imponerse en el mundo. Alineado con la racionalidad instrumental, el capital financiero no conoce de sentimientos morales o de valores e ideales, sino de números. En la era de la revolución tecnológica, científica y de las comunicaciones, todo ser viviente es pasible de apropiación, trasmisión y venta en el mercado, de bienes y derechos presentes o futuros.

En el plano del comercio internacional será David Ricardo quien dará gran impulso a la concepción de un mundo en términos de un gran mercado de bienes y servicios. Según esta visión, las naciones se especializan en bienes y servicios para cuya producción tienen una ventaja comparativa frente a los demás países. El comercio internacional hará triunfar a los más eficientes y permitirá alcanzar niveles óptimos de productividad de la riqueza en beneficio simultáneo de los individuos y las colectividades. Pero, detrás de la idea de Ricardo, también reposa la teoría de la selección natural enunciada por su amigo Malthus: en la competencia general perecerán los que no se ajusten a las condiciones del comercio internacional, la liberalización y desregulación de los mercados y la rentabilidad de los negocios. Las ideas de Ricardo y de Malthus llevarán a un estrechamiento de la esfera de la vida y a la uniformidad en las concepciones de mundo.

Con el *Consenso de Washington*, luego de la Segunda Guerra Mundial, se impondrá la doctrina neoliberal en toda su extensión. En la era posfordista se abandona la aspiración al desarrollo industrial y la meta del autoabastecimiento nacional, basado en la producción de bienes intensivos en mano de obra que generen recursos para satisfacer las necesidades de la propia población; tal concepción de desarrollo es reemplazada por la idea del intercambio y especialización en el comercio de bienes y servicios,

según las ventajas comparativas de cada sociedad, lo cual se hace posible vía el desmonte de la intervención estatal, adversa al libre crecimiento de la economía. A la luz de tal imagen de prosperidad será solo cuestión de tiempo para que la revolución tecnológica en las comunicaciones y la globalización económica, impulsada por la primera, terminen imponiéndose en el mundo, haciendo realidad la prognosis de Marx sobre la expansión del capitalismo a nivel planetario.

Los efectos del libre comercio están a la vista. El medio ambiente y los bienes de la cultura, en particular los valores democráticos, pasan ya su cuenta de cobro. La razón instrumental, focalizada en la maximización de las ganancias sin consideración a externalidades negativas, entre ellas la destrucción de recursos naturales no renovables, la homogenización de la lenguas y costumbres, la eliminación de las humanidades en los currículos de las instituciones de educación, el desmonte de los Estados nacionales o el aumento de los costos de los bienes y servicios básicos por vía de la protección de la propiedad privada, han puesto en cuenta regresiva a los ideales de la justicia y de la buena vida. El sueño de la libertad comercial amenaza la democracia misma, como lo han puesto de presente un importante grupo de pensadores desde hace décadas. Es sobre el peligro concreto que representan los actuales TLC para la incipiente democracia en Colombia y en el Sur global que quiero referirme a continuación.

10.3. De cómo el libre comercio hace peligrar la democracia

La crítica de Carl Schmitt al pensamiento liberal,[340] que reduce lo político a un asunto de eficiencia económica, hoy es más válida

[340] Véase entre otros escritos de Carl Schmitt, críticos al liberalismo, "El concepto de lo político, Teología política I", en Aguilar, Héctor Orestes (comp.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, FCE, 2001. Algunos escritos explicitamente críticos contra el imperialismo en el derecho internacional son "Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen" (1929) y "Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus" (1932), en Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994.

que nunca. Sin necesidad de aceptar su doctrina de la distinción amigo-enemigo como esencia de lo político, es posible compartir el rechazo de Schmitt al reduccionismo económico, al contractualismo basado en las libertades individuales y a la autonomía irrestricta de la voluntad, ante las evidencias de la despolitización de la población, el desencanto democrático y el empobrecimiento general de la cultura y el horizonte de acción humano.

Que el *homos economicus* sustituya al *zoon politicon* es algo que atenta directamente contra la autodeterminación política propia de la democracia real. Esto porque con el avance de la acumulación material tarde o temprano tendremos más clientes que ciudadanos, más seres dependientes de la generosidad de las autoridades que personas con capacidades desarrolladas, críticas y autoconcientes que puedan hacerse cargo de sus propios destinos en la esfera pública. El comercio trasnacional deconstitucionaliza amplios ámbitos de la vida y financiariza las relaciones humanas.

Para no ir muy lejos, es claro que la acumulación de tierras en pocas manos con capacidad crediticia; el descenso en la producción de alimentos nacionales y la dependencia de los grandes conglomerados; el aumento en niveles de desnutrición en las zonas rurales; el abandono o marchitamiento intencional de la educación pública por parte de las élites gobernantes; o el bajo nivel en la calidad educativa de la región, son factores que amenazan la autonomía política de la población.

El derecho a un mínimo material, necesario para ser ciudadanos plenos, corre el riesgo de quedarse escrito: ni siquiera la seguridad alimentaria está garantizada al individuo, lo que socava las bases de cualquier proceso democrático. El paraíso de oportunidades planteado por los defensores de los TLC no parece realizarse en la práctica. Por el contrario, el desequilibro en la balanza comercial entre las potencias comerciales del Norte y las naciones dependientes del Sur, muestra una tendencia al aumento de la dependencia neocolonial. La economía en los países del Sur se primeriza con el abandono de la industria nacional y la exportación fundamentalmente de recursos naturales o productos con poco valor agregado, todo lo cual no conduce a una situación de dependencia, inestabilidad política y crisis social.

Los efectos del libre comercio no parecen satisfacer las condiciones de posibilidad mínimas para hablar siquiera de democracia liberal. El clientelismo niega de raíz la autonomía privada y pública que, siguiendo a Locke, Rousseau, Kant o Habermas, debe estar garantizada para asegurar la participación política de los ciudadanos como colegisladores. La libertad negativa, tan vanagloriada por pensadores liberales afectos a teorías abstractas de la racionalidad, es desafiada por la imperiosa necesidad de satisfacer las necesidades básicas de subsistencia, incluso mediante la venta del voto a los políticos profesionales. En este sentido, es importante adelantar investigaciones sobre participación electoral, clientelismo, mercado laboral y medios de subsistencia.

Pierre Rosanvallon ha observado con acierto que con la segunda globalización económica —época de enorme concentración de la riqueza y aumento de la desigualdad— incluso un concepto político tan importante como la igualdad, ha perdido su dimensión política emancipatoria y se ha visto reducido en su significación.[341] En esta dirección, una concepción más frondosa de democracia, que promueva la emancipación y democratización de toda la sociedad, es aún menos realizable que la democracia liberal. Ello como consecuencia de la expansión de los mercados, la pérdida de significado de la igualdad política y la acumulación de riqueza en pocos individuos. Una democracia participativa y pluralista como la adoptada en el Estado social de derecho colombiano no se limita a asegurar la libertad negativa, esto es la libre determinación de la voluntad sin injerencia de otros, sino que además exige asegurar condiciones educativas y materiales a toda persona para asegurar así el efectivo desempeño como ciudadano. Ningunos de estos presupuestos se encuentra garantizado bajo el modelo que privatiza las fuentes de riqueza colectiva y rechaza la intervención redistributiva del Estado como contraria a la lógica del libre mercado.

Ya Marx y Engels en el *Manifiesto Comunista* habían llevado a cabo un análisis histórico del capitalismo trasnacional y sus efectos sobre las sociedades libres. En los estertores de la Revo-

341 Rosanvallon, Pierre, *Sociedad de iguales,* Buenos Aires, Manantial, 2012, pp. 12 y ss.

lución industrial estos autores verán en la lucha de clases y en la expoliación de la clase trabajadora a manos de los capitalistas el inicio de una transformación que idealmente conduciría a la emancipación de todo el género humano. Lamentablemente el llamado a ejercer una contraviolencia organizada, para promover activamente la emancipación humana, hubo de acabar en el totalitarismo de los *gulaggs* soviéticos y en la negación de la dignidad individual por vía de un colectivismo más concebido y peor ejecutado.

Sin compartir el optimismo en una opción redentora en cabeza de la clase proletaria o la furia purificadora de la revolución comunista, Karl Polanyi ahonda el diagnóstico sobre la tendencia autodestructiva de la sociedad capitalista moderna.[342] En *el sustento del hombre*, Polanyi analiza las relaciones entre comercio, dinero y mercados, y muestra el estrechamiento de lo social y lo político por vía de la identificación falaz de los fenómenos económicos y los fenómenos del mercado.[343] Con su capacidad de generar unidad de motivaciones y valoraciones, la perspectiva económica llevaría a la práctica lo preconizado como ideal: la identidad de mercado y sociedad. La mentalidad mercantil contenía la semilla de una cultura completa: la imagen del hombre y de la sociedad transformada en una gran y hegemónica economía del mercado. El paso crucial en esta transformación fue —según Polanyi— que la tierra y el trabajo se convirtieran en mercancías de libre venta mediante el mecanismo del mercado. En palabras de Polanyi: "La ficción mercantil puso el destino del hombre y de la naturaleza en manos de un autómata que controlaba los circuitos y gobernaba según sus propias leyes. Este instrumento de bienestar general estaba controlado exclusivamente por los incentivos del hambre y de la ganancia [...] Con tal de que los desposeídos pudieran satisfacer su necesidad de alimento vendiendo primero su trabajo en el mercado, y con tal de que los propietarios pudieran comprar al precio más barato y vender al más caro, el molino ciego producía más mercancías para el beneficio de la raza humana".[344] La conclusión del autor

342 Polanyi, Karl, *El sustento del hombre*, Madrid, Capitán Swing Libros, 2009.

343 *Ibidem,* p. 62.

344 *Ibidem,* p. 65.

austriaco es demoledora: "Esa práctica utilitaria tan poderosa, lamentablemente, deformó la comprensión del hombre occidental de sí mismo y de la sociedad".[345] El solipsismo económico, según el cual si al hombre se lo dejaba libre empezaría a hacer trueques y el comercio fluiría como la ley de la gravedad, terminó eclipsando el pensamiento político.[346] "El eclipse de la política tuvo un efecto más confuso —así Polanyi— en los aspectos morales de la filosofía de la historia. La economía dio un salto al vacío, y se estableció como una actitud hipercrítica hacia la reivindicación moral de la acción política...".[347] Consecuencia del reduccionismo económico fue, además, "un concepto insulso de justicia, ley y libertad en nombre del cual la historiografía moderna negó toda credibilidad a los incontables textos antiguos, en los que se declaraba que el fin del Estado era el establecimiento de la rectitud, la insistencia en la ley y el mantenimiento de una economía central sin opresión burocrática".[348]

Los análisis de Polanyi sobre el estrechamiento del pensamiento político por vía de la miopía economicista son un buen pie de apoyo para valorar el proceso de deconstitucionalización que avanza de la mano de los TLC en América Latina. Tomamos en este caso a Colombia como ejemplo.

La constitucionalización del derecho en Colombia a partir de la Constitución de 1991 pretendió llevar a la práctica una democracia participativa y pluralista mediante la apropiación de los derechos fundamentales por parte de toda la población. Este constitucionalismo transformador tuvo importantes avances de la mano de la Corte Constitucional. Doctrinas constitucionales varias, entre ellas el derecho al mínimo vital; la protección constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales; la defensa de la minorías étnicas y culturales y el reconocimiento de sus derechos; el desarrollo y aplicación del principio de solidaridad incluso en las relaciones entre particulares; la función social y ecológica de la propiedad; la unificación de los sistemas

345 *Idem*.

346 *Ibidem*, p. 70.

347 *Ibidem*, p. 71.

348 *Ibidem*, p. 72.

de prestación de la salud; o la constitucionalización de la consulta previa como derecho fundamental en cabeza de comunidades afectadas por grandes proyectos de desarrollo, entre otros avances ampliaron las posibilidades de realizar la democracia en la práctica. No en vano los sindicatos, tradicionalmente adversos a confiar en el derecho constitucional para defender los derechos de los trabajadores y sus organizaciones, terminaron movilizándose y utilizando la acción de tutela en la lucha contra la discriminación sindical.

Casi veinticinco años después, no obstante, debemos reconocerlo, el constitucionalismo social o transformador ha empezado a ser desplazado y superado por un extenso proceso de deconstitucionalización de la sociedad por vía de los tratados de comercio internacional. La resistencia constitucional a la fuerza arrolladora del pensamiento económico mercantilista trasnacional ha empezado a ceder ante un derecho supranacional basado en la competencia, la uniformidad cultural y la corrupción del sistema democrático. El unilateralismo del raciocinio maximizador de ganancias, sin contemplación de sus externalidades para la naturaleza, la política y la cultura, se impone sobre el garantismo constitucional, ahora disuelto por una *lex mercatoria* con agentes, lógica, procedimientos y mecanismos de ejecución propios.

¿En qué consiste el proceso de deconstitucionalización, cómo opera y qué efectos tiene para la democracia? Para responder estos interrogantes iniciales basta por ahora señalar que la deconstitucionalización es un efecto del desplazamiento de la soberanía estatal hacia organizaciones internacionales que adoptan descentralizadamente las funciones legislativas y judiciales en extensos e importantes ámbitos de la vida social. La vigencia de la Constitución en el ámbito material de los derechos y principios fundamentales, queda opacada o eclipsada por la entrada en vigencia de los TLC multilaterales o bilaterales. Organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y entidades financieras como el Fondo Monetario Internacional, el BM o el BID adoptan directivas y resoluciones que se imponen a los Estados como condiciones a cumplir para acceder a financiación o a los mercados, entre otras la protección de la inversión extranjera. Por otra parte, los TLC recortan la soberanía judicial de los Estados al imponer la justicia arbitral a las

partes para resolver las controversias que puedan presentarse en los negocios de comercio internacional, lo que de nuevo significa el desplazamiento de la constitución nacional vía la aplicación de los tratados de comercio internacional.

Para mencionar solo un ejemplo, de nada vale la garantía constitucional del derecho al trabajo cuando el legislador expide una ley que flexibiliza la protección del derecho al trabajo y elimina los pagos por horas extras, dominicales o festivas, acogiendo exigencias impuestas por la banca internacional para renovar u otorgar empréstitos internacionales. En la misma dirección, de nada vale la protección de puestos del trabajo en el sector público cuando los mismos organismos exigen la reducción de la planta de personal de las entidades públicas en un proceso de ajuste estructural de forma que se asegure el pago de las acreencias a la banca internacional, pública o privada, por parte del Estado.

Un segundo ejemplo involucra la intervención oficial para impedir que campesinos y cultivadores tradicionales usen sus propias semillas, entre otras en búsqueda del ideal de la soberanía alimentaria. Los propios gobiernos se convierten en defensores de la propiedad privada de las semillas patentadas. En este caso, es el mismo Estado quien adopta decisiones y lleva a cabo procedimientos contrarios a la satisfacción de los derechos de los más débiles o desamparados. Solo gracias a la movilización popular vino a conocer la opinión pública el atropello al que estaban siendo sometidos los campesinos que usan semillas propias en la siembra de sus cultivos tradicionales. El Estado defiende las patentes de grandes conglomerados por encima de los derechos fundamentales de las personas peor situados en la sociedad. Recordemos que la pobreza rural en Colombia es del 44.7%, más del doble que el índice de pobreza nacional que es del 21%.

La forma en que opera el proceso de deconstitucionalización es sutil pero avasalladora: no es necesario modificar o derogar la parte dogmática de la Constitución política que consagra los principios, derechos y deberes fundamentales. Basta condicionar el derecho interno a la aplicación prevalente del derecho internacional. El desplazamiento del derecho político interno por un derecho internacional al servicio del capital trasnacional,

corporativo y financiero, hace patente la validez de lo vaticinado primero por Marx y luego por autores de ideologías tan disímiles como Carl Schmitt, Karl Polanyi, Niklas Luhmann o Jürgen Habermas: la lógica de los intereses económicos termina por devorar el tejido democrático. Opera, *de facto*, la sustitución de la Constitución a manos del pensamiento económico, técnico-instrumental.

Algunos signos de la deconstitucionalización del derecho nacional por vía del derecho internacional de los tratados comerciales, con efectos que minan los cimientos de la democracia, son:

- pérdida de soberanía política en la decisión de asuntos vitales como la protección del medio ambiente. Tal es el caso de "Lone Pine Resources *vs.* Canadá",[349] en el que

[349] Tomado de la fuente *http://fractura-hidraulica.blogspot.com/2013/10/lone-pine-resources-presenta-una.html* (12 ago 2015, hora: 17:45): La compañía de gas y petróleo *Lone Pine Resources* presentó una demanda contra Canadá por $250 millones con fundamento en el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés*), por la moratoria en usar la técnica del *fracking* para extraer gas y petróleo bajo el río St. Lawrence. El *fracking*, proceso para extraer los depósitos de gas existentes en las formaciones rocosas de esquisto, es conocido por contaminar el agua potable y el aire, además de causar terremotos. Quebec estableció una moratoria en junio de 2011, prohibiendo la perforación bajo el río *St. Lawence* hasta que se completara una evaluación medioambiental. "Basada en el principio de precaución, la respuesta del gobierno de Quebec a las preocupaciones de su población es apropiada y legítima", dijo Martine Châtelain, presidenta de *Eau Secours*. "Las compañías no deberían poder demandar a un estado cuando adopta medidas soberanas para proteger el agua y los bienes comunes por el bien de nuestros ecosistemas y la salud de nuestro pueblo", añadió la portavoz de la coalición de Quebec para un uso responsable del agua. El 6 de septiembre, *Lone Pine Resources* presentó discretamente su solicitud formal de arbitraje contra Canadá. En vez de ir a un tribunal nacional para desafiar la moratoria de Quebec, los abogados de Lone Pine presentarán su caso a puerta cerrada, ante un comité de tres abogados del sector privado. Es probable que veamos más casos peligrosos como este si los acuerdos comerciales que actualmente se están negociando se convierten en ley. Por ejemplo, el texto de la propuesta Trans-Pacífica entre Estados Unidos, Canadá y otros 10 países, refleja de cerca las reglas de inversión del *NAFTA*, mientras que Canadá se encuentra en la recta final para obtener un acuerdo con la Unión Europea (*CETA*) que también proporcionaría estos excesivos poderes a las multinacionales.

la petrolera internacional pretende que Canadá sea condenada a indemnizarla por la decisión soberana de su legislativo al declarar la moratoria en el uso del *fracking* como técnica de exploración y explotación petrolera, por sus potenciales efectos nocivos sobre las aguas profundas.

Un segundo caso de pérdida de soberanía estatal en el ámbito de la salud pública involucra a la empresa tabacalera Philip Morris y sus demandas contra los gobiernos de Uruguay o de Australia,[350] con el objetivo de ser indemnizada por la pérdida de ganancias ante decisiones legislativas que buscan proteger la salud humana, entre otras, al obligar a advertir en las cajetillas de cigarrillos sobre los efectos nocivos del tabaco;

- flexibilización, tercerización y pauperización del trabajo;
- sustitución de la financiación pública a la oferta vía ampliación de la educación pública superior por financiación de la demanda vía becas crédito en universidades privadas;

[350] Tomado de la fuente *https://todosobrearbitraje.wordpress.com/2011/11/23/arbitraje-philip-morris-vs-australia/* (12 ago 2015, hora: 17:50): "El Parlamento australiano ha decidido, mediante ley del lunes 21 de noviembre de 2011, suprimir la publicidad en los paquetes de tabaco. A partir de ahora, todas las cajetillas lucirán un uniforme color verde y compartirán idéntico logotipo, sea cual sea la marca. A los cambios estéticos hay que sumar los referidos a las advertencias sanitarias. El 75% de la parte posterior del envase se destinará a informar a los fumadores sobre los riesgos que conlleva el hábito para su salud; mientras que en la anterior el espacio aumenta hasta el 90%. La nueva legislación entra en vigor en 2012. Las reacciones por parte de la industria tabaquera no se han hecho esperar. Entre los que han alzado la voz se encuentra Philip Morris. La multinacional estadounidense, que en mayo demandó al gobierno uruguayo por haber adoptado también medidas para combatir el tabaquismo, ha anunciado su intención de solicitar un arbitraje internacional contra Australia. Según Philip Morris "el Gobierno ha aprobado una ley sin ser capaz de demostrar que se reducirá efectivamente el tabaquismo e ignorando las preocupaciones en Australia y en el mundo sobre las serias consecuencias legales". Los estadounidenses aseguran que se ha vulnerado un tratado bilateral de protección de inversiones con Hong Kong; país desde el que envían sus productos a Australia y solicitan la retirada de la normativa y una indemnización.

- pérdida de la autosuficiencia o soberanía agraria;
- desmonte y debilitamiento del Estado;
- captura del Estado por poderes privados: puerta giratoria, financiación privada de campañas, uso de los medios masivos para cooptar candidatos;
- naturalización del clientelismo y la corrupción política (Przeworski): en Colombia se reparten "cupos indicativos" a congresistas en relación a la capacidad electoral de apoyo al gobierno de turno que determina el manejo del prespuesto y no según las necesidades básicas insatisfechas;
- desconocimiento del principio constitucional de la solidaridad al mantener un sistema de salud inicuo, y
- desmonte del sindicalismo y de la seguridad social universal.

A la luz de lo expuesto, es extendida la opinión de que el nuevo orden mundial, en el cual predomina la acumulación de riquezas y la depredación de lo social, los presupuestos necesarios para la existencia de la democracia y del Estado republicano de derecho se encuentran socavados o en peligro inminente.[351] Los teóricos y filósofos de la política se dividen en dos grupos, el uno más pesimista que el otro, sobre los efectos de esta innegable realidad. Por una parte, el primer grupo no duda en hablar del advenimiento de una época posdemocrática,[352] donde ya no la voluntad soberana de los pueblos, sino la hegemonía de poderes privados dispersos en el mundo, gobierna los destinos individuales y colectivos. Bajo este dantesco cuadro, no solo la autonomía privada y pública, de la que habla Habermas en su defensa de la democracia deliberativa, estaría comprometida; incluso lo estarían los derechos humanos y el Estado de derecho. Se habría cumplido así la amenaza según la cual los circuitos del poder y del dinero terminarían por devorar a la sociedad civil, y ello mediante la instauración de un sistema aupoiético en el que desaparece el sujeto como agente de la historia.

---

351 Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de los iguales,* Buenos Aires, Manantial, 2012.

352 Colin, Crouch, *Postdemokratie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2008.

El segundo escenario es menos fatalista, pero no por ello ingenuo. Habría la posibilidad de salvar el sueño de una sociedad libre y democrática, regida por el derecho y autorregulada por una opinión pública activa y políticamente actuante. Esto mediante una progresiva concientización y movilización de la población. Sin duda esta alternativa está lejos de ser una realidad. Por el contrario, todo apunta a cuestionar si la sociedad civil mundial encontrará la motivación, la constancia y la fuerza necesaria para rehacer el proyecto de la modernidad, a saber, la emancipación de todo el género humano. Las reformas que habría que adelantar a nivel local, nacional, regional y global, su envergadura y su complejidad, hacen dudar de que la humanidad cuente con la inteligencia y las energías suficientes para adelantar tal transformación cultural e institucional. Por mencionar solo un ejemplo, en materia de realizar la democracia, entre otras medidas, se plantea la prohibición de dineros privados en las campañas políticas; el acceso igualitario de los partidos a los medios masivos de comunicación pública y la prohibición del uso de canales privados; el establecimiento de dos días libres previos a cada elección popular, destinados a la deliberación pública para escoger sus candidatos; la financiación de los votantes para evitar la compraventa del voto; la creación y financiación de una renta básica universal para cada ciudadano de forma que se realice el sueño de una sociedad libre de la dominación, entre otras medidas.

Quisiera por último referirme a las posibilidades de pensar un orden político y social que busque impedir la destrucción o despedida de la democracia y el sistema republicano de gobierno, así como posibilitar una convivencia democrática basada en la libertad sin servidumbre o dominación.

10.4. Hacia un nuevo orden democrático republicano

Por fortuna el pensamiento político contemporáneo, de la mano de historiadores —Quentin Skinner, John Pocock, John Dunn, Reinhard Koselleck— y filósofos —Philip Pettit, Amartya Sen, Martha Nussbaum— han venido a recuperar la política como actividad propia e independiente del cálculo económico, en parti-

cular la buena política que representa el pensamiento republicano antiguo, renacentista y moderno.

En *La libertad antes del liberalismo*, por mencionar solo un ejemplo, Skinner[353] muestra que los antiguos manejaban un concepto de libertad como no dominación que, a diferencia de la libertad negativa defendida por los economistas ortodoxos y hegemónicos, conecta con un modelo de autogobierno libre y soberano en cabeza de los ciudadanos.

La ideología del liberalismo, también en la modalidad actual del liberalismo económico trasnacional, financiero y corporativo, es muy posterior a la idea de la libertad republicana. Esta no puede reducirse a la condición de comprador en mercados homogéneos cada vez más eficientes. A la base del libre comercio está un pensamiento teleológico que uniformiza la vida bajo el espejismo de la libertad de opción. En realidad el reduccionismo de la eficiencia en el intercambio, como lo muestra Polanyi, elimina la divergencia política y condena al sujeto político a una vida prefabricada.

Los historiadores y filósofos arriba mencionados ofrecen una salida a la cerrazón del pensamiento único librecambista. Se trata de una propuesta con varios niveles, entre los que se destacan diversas dimensiones como la filosófica, la cultural, la política y la jurídica, todas, claro está, interrelacionadas o complementarias.

La primera tarea a acometer para buscar salidas a la aniquilación de la vida como consecuencia de la dominación es filosófica. Una descripción precisa de la miopía economicista y sus efectos sobre naturaleza, política y cultura es necesaria. Para la construcción de una concepción democrática y republicana alternativa al neoliberalismo contar con el análisis conceptual de la nueva historiografía es fundamental. Debemos recuperar el contenido y la potencialidad de los conceptos políticos que, aun cuando están cargados de pasado, abren también una perspectivas de futuro. El caso de la libertad republicana es aleccionador. Este concepto, sepultado por la hegemonía de la libertad del liberalismo político, oscureció y separó a la persona del buen orden político, lo

[353] Skinner, Quentin, *La libertad antes del liberalismo*, Madrid, Taurus-CIDE, 2004.

que resulta en la enajenación del sujeto a manos de aparatos arbitrarios de poder.

Como bien lo ha exhortado el pragmatismo filosófico de John Dewey en sus reflexiones sobre educación y democracia,[354] o posteriormente Richard Rorty al defender el panrelacionismo[355] como forma de superación de la visión jerárquica de la sociedad, hoy más que nunca el mundo necesita y exige una reconceptualización del sentido de la existencia. En esta tarea el estudio de las emociones ocupa un lugar central. Doscientos años de racionalismo no habrían sido suficientes para evitar actos execrables de crueldad. La sensibilización hacia el sufrimiento[356] —p. ej., en Amartya Sen y su reflexión sobre las capacidades humanas, la pobreza y la desigualdad— y el protagonismo de las emociones morales y políticas[357] son una alternativa a la visión teleológica maximalista del pensamiento técnico instrumental propio de concepciones libertarias y utilitarias.

En el ámbito cultural, como bien lo recalcaba el exmagistrado y maestro Carlos Gaviria Díaz en su última conferencia en el Colegio Gimnasio Moderno,[358] tenemos la tarea ante nosotros de construir el sujeto político (pueblo) apto para instituir una democracia plena, sin exclusiones. Nuevo fundamento de la política democrática debe ser el pensamiento de la libertad sin servidumbre, sin humillación, sin dominación. En esta tarea el programa de la Ilustración, bien formulado por Kant, sigue vigente: meta de la educación debe ser la formación de personas con criterio

354 Dewey, John, *Democracia y educación*, Madrid, Ediciones Morata, 2004.

355 Rorty, Richard, *El pragmatismo una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

356 Sen, Amartya, "Rights and Capabilities", en Honderich, T. (ed.), *Morality and Objectivity*, Londres, 1985; *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000; *El derecho a no tener hambre*, Estudios de Filosofía y Derecho núm. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

357 Nussbaum, Martha, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Buenos Aires, Katz, 2010; *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós; *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?,* Barcelona, Paidós, 2014.

358 Gaviria Díaz, Carlos, *¿Cómo educar para la democracia?*, Bogotá, Gimnasio Moderno, 2015.

para decidir por sí mismas, sin la dirección de otros, con sensibilidad hacia el sufrimiento de otros y con firme voluntad para movilizarse individual y colectivamente para luchar y resistir a la opresión social, sea del tipo que sea. Como bien lo recordaba J. J. Rousseau, no hay democracia sin participación y, podríamos añadir, no hay participación política calificada sin una educación pública, gratuita y de calidad para todos.

En cuanto el orden político internacional está visto que es necesario superar el cosmopolitismo de mínimos propuesto por Kant, limitado a la hospitalidad respecto del extranjero. Por el contrario, en un mundo interconectado e interdependiente es necesario avanzar en el desarrollo de la idea de responsabilidad colectiva por la injusticia estructural: nuevo orden mundial. Aún está por formularse y construirse un orden internacional republicano, de naciones libres e iguales, unidas por lazos solidarios y de cooperación, ajenos al ajedrez de la geopolítica y a la competencia y la confrontación militar en pos de recursos escasos.

A nivel jurídico, algunas medidas puntuales que podemos enumerar son:

1. el estudio sobre la deconstitucionalización vía TLC: análisis de retrocesos en cooperación, colaboración, fraternidad o solidaridad;
2. la descripción del desvertebramiento de las organizaciones sociales —ejemplo caída del sindicalismo— y populares por vías legales e ilegales;
3. la privatización de servicios públicos y sus implicaciones en sociedades con altos niveles de desigualdad y precariedad del Estado;
4. el análisis del estatus de los TLC en relación con el orden constitucional;
5. el análisis crítico de las directivas de organismos internacionales y su impacto sobre la población y la participación política, y
6. la modificación del derecho internacional de corporaciones, de forma que se avance en la responsabilidad corporativa por violación de derechos humanos, así como en los instrumentos y herramientas para su prevención y control.

10.5 Conclusiones

La asimetría y dominación entre países hegemónicos y periféricos se perpetúan al no contemplarse en el orden de las relaciones internacionales el diverso grado de libertad de que gozan los diferentes estados como consecuencia de sus diversos procesos históricos. La abstracción económica de las circunstancias históricas, entre ellas los efectos del colonialismo de los siglos xvii a xx, conduce a modelos de libre comercio funcionales a la perpetuación de estructuras de poder político, económico y militar de expoliación y aprovechamiento de las debilidades ajenas. Un orden mundial republicano basado en una visión más integral de la historia y del devenir humano deberá todavía formularse como guía normativa de los procesos materiales, si queremos como comunidad mundial tener alguna alternativa a la destrucción violenta en sus versiones imperialista y terrorista.

Paradójicamente, las humanidades, hoy en día tan despreciadas por los agentes promotores de la productividad y la eficiencia, contienen en la riqueza de las experiencias históricas de los pueblos las claves para reconstruir el proyecto de la ilustración, esta vez incluyendo no solo los sueños de la razón humana esclarecida y liberada de los atavismos místicos sino los recursos de la sensibilidad creciente que permite el rechazo del reduccionismo cultural y la creciente inclusión de los otros. A la par con el avance depredador del pensamiento unilateral que representan bien la razón economicista o el fanatismo religioso, florecen a lo largo y ancho del globo permanentes signos de vida libre, experiencias alternativas y procesos emancipatorios dignos de estudio y apoyo. En este contexto, el presente libro ha querido aportar algunos elementos y explorar caminos que permitan construir las condiciones materiales y culturales necesarias para una realización cada día mayor de los derechos, en sus múltiples manifestaciones.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", en Zalaquett, José (coord.), *Grupo de Reflexión regional. Temas de Derechos Humanos en Debate*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y el Instituto de Defensa Lega 2004.

____ y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Alegre, Marcelo, "Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?", en Gargarella, R. (coord.), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid, Miño y Dávila Editores, 2005.

Alexy, Robert, "Derecho, discurso y tiempo", en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.

____, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

____, "Die Gewichtsformel", en Jickeli, V. J. P. y Reuter, Kreutz, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein,* Berlín, De Gruyter, 2003.

____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1992.

____, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004.

____, "¿Menschenrechte ohne Metaphysik?", en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 56, 2004.

____, "On the Structure of Legal Principles", en *Ratio Juris,* 13, 2000.

____, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibánez, Perfecto y Alexy, Robert (eds.), *Jueces y ponderación argumentativa, México,* IIJ-UNAM, 2006

____, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
____, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Annas, Julia, "Aristotle and Kant on Morality and Practical Reasoning", en Engstrom, S. y Whiting, J. (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Aramburu, A., "El juicio de amparo como instrumento de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

Arango. Rodolfo, "Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy", en Ratio Juris, vol. 16, núm. 2, Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
____, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en Clérico, Laura; Sieckmann, Jan y Oliver-Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Comares, Granada, 2011.
____, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*, Bogotá, Norma-CESO-Uniandes, 2008.
____, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 33, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
____, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2012.
____, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional", en Cepeda, Manuel José y Montealegre, Eduardo (eds.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
____, "El desmonte de la parapolítica: el papel de la Corte Suprema de Justicia", en *Caja de Herramientas,* núm. 52, 9 mar 2007, *http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0052*
____, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 2ª ed., Bogotá, Siglo del Hombre, 2016.
____, "Incidencia del iusnaturalismo en el derecho constitucional moderno", en Numas, Armando Gil (comp.), *Filosofía del derecho y filosofía social*, Medellín, Señal-Asofides, 2003.

____ (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington, The Brookings Institution-University of Bern, 2009.

____, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", en *Revista de Derecho Público*, vol. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.

____, "La prohibición de retroceso en Colombia", en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

____, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en *Pensamiento Jurídico,* núm. 8, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1997.

____, "Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial", en *El Otro Derecho*, número 28, Bogotá, ILSA, 2002.

____, "Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales", en Alonso, M. A. y Giraldo, J. (eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Bogotá, Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2001.

____, "Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.

____, "Realizando la justicia global", en Cortés, Francisco y Giusti, Miguel (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

____, "Superación del estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado", en *Desplazamiento Forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?*, Bogotá, Codhes, 2009, t. 1.

____, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.

____ y Lemaitre, Julieta, "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital", en *Estudios Ocasionales,* CIJUS, Bogotá, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2002.

Ari Mello, C. (coord.), "Os Desafios dos Directos Sociais", en *Revista do Ministerio Público do Rio Grande do Sul*, no. 56 sep-dic, 2005.

Aristóteles, *La Política*, 2ª reimp., Madrid, Gredos, 1999.

Atria, Fernando, "¿Existen los derechos sociales?", en *Doxa. Discusiones: Derechos Sociales,* núm. 4, Universidad de Alicante, 2004.

Ayer, Alfred J., *Language, Truth, and Logic*, Nueva York, Dover Publications, 1952.

Baderin, A. y McCorquodale, R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Bello, Martha, "El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social", en Martha Bello (ed.), *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo*, Bogotá, UNHCR-Universidad Nacional de Colombia, 2004.

Bentham, Jeremy, *Falacias políticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Berlin, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2005.

Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Besson, Samantha y Martí, José Luis, *Deliberative Democracy and Discontents*, Hampshire, Ashgate, 2006.

Böckenförde, E. W., *Escritos de derecho constitucional*, Berlín, Nomos, 1997.

____, "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Berlín, Nomos, 1993.

Bohman, James, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 2000.

Bouley, Catherine, "Evaluación de la implementación de los principios rectores de los desplazamientos internos por parte del Estado Colombiano", en Bello, Martha (ed.), *Desplazamiento forzado. Dinámicas de guerra, exclusión y desarraigo,* Bogotá, UNHCR-Universidad Nacional de Colombia, 2004.

Brunkhorst, Hauke, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globales Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002.

Cano, L. M. y Rodríguez, G., "Para interpretar nuestro juicio de amparo como medio de defensa de todos los derechos humanos", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

Carbonell, Miguel, "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

____ (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Cárdenas, Miguel Eduardo, *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía*, Bogotá, ILSA, 2004.

Cepeda, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

____, "The Constitutional Protection of Internal Displaced Persons", en Arango, R. (ed.), *Internal Displacement in Colombia*, Brookings Institute, (en prensa).

Chacón Mata, A. M., *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007.

Chapman, A. y Russell, S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Mortsel, Intersentia, 2002.

Chinchilla, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.

Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009.

____, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

____, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

____, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan R., Oliver-Lalana, Daniel (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

Condorcet, Marques de, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, México, FCE, 1997.

Consejo Noruego para los Refugiados, *Los caminantes invisibles. La experiencia de la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento*, Bogotá, NCR Colombia, 2010.

Costant, Benjamin, *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Courtis, Christian, "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en R. Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, 2006.

___ (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

Cranston, Maurice, "Human Rights, Real and Supposed", en Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967.

___, "Kann es soziale und wirtschaftliche Menschenrechte geben?", en Böckenförde, E. W. y Spaemann, R. (eds.), *Menschenrechte und Menschenwürde,* Stuttgart, s.d., 1987.

Crouch, Colin, *Postdemokratie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2008.

Cummiskey, David, *Kantian Consequentialism,* Oxford, Oxford University Press, 1996.

Damasio, Antonio, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Nueva York, Avon Books, 1994.

Dasgupta, Partha, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

Dewey, John, *Democracia y educación*, Madrid, Ediciones Morata, 2004.

Diez-Picazo, L. M. y Ponthoreau, M. C. (eds.), *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, Florence, European University Institute, 1991.

Domènech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad*, Barcelona, Crítica, 2004.

___, "La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo", en *Revista de Estudios Sociales* 46, may-ago, 2013.

Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

___, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

___, *Is Democracy possible here?*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2006.

___, *Justice in Robes*, Londres, Cambridge, The Belknap Press of the Harvard University Press, 2006.

___, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2006.

___, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

___, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003 (orig. 2000).

Eide, Asbjorn, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2ª ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2001.

Elster, Jon, *Las alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona, Paidós, 2002.

____, "Rationality and the Emotions", *The Economic Journal,* núm. 106, sep, 1996.

____, *Sobre las pasiones. Emoción, adicción y conducta humana*, Barcelona, Paidós, 2001.

Escobar Roca, G., *Protección de la Salud*, Madrid, Trama, 2006.

Fechtner, Isabel, "Kampf um Rohstoffe im Völkerrecht", en *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ),* vol. 1, 2016.

Feinberg, Joel, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice Hall, 1973.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

Fichte, Johann Gottlieb, *Discursos a la nación alemana*, Madrid, Tecnos, 2002.

____, *El Estado comercial cerrado*, Madrid, Tecnos, 1991.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1980.

Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.

Garay, Luis Jorge y Rodríguez, Adriana (eds.), *Colombia: Diálogo pendiente. Documentos de política pública para la paz*, Bogotá, Planeta Paz, 2005.

García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 10ª reimp., Madrid, Alianza, 1996.

García-Villegas, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Uprimny, Rodrigo; Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

Gargarella, Roberto, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?" en Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia:* fundamentos conceptuales, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

_____ *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Routledge, 2006.

Gaviria, A. y Espinosa, M., *Documento de partida. Grupo de generación de ingresos*, manuscrito, 2011.

Gaviria Díaz, Carlos, *¿Cómo educar para la democracia?*, Bogotá, Gimnasio Moderno, 2015.

Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Comibra, 1997.

González, Horacio, "El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de retroceso en Argentina", en Courtis, Ch. (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

Greenspann, Patricia, "Emotions, Rationality, and Mind/Body", en Hatzimoysis, Anthony (ed.), *Philosophy and the Emotions*, Cambridge, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 2003.

Griffiths, Paul, *What Emotions Really Are: The Problem of Psychological Categories,* Chicago, University of Chicago Press, 1997.

Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2005.

Guyer, P., *Kant and the experience of freedom. Essays on aesthetics and morality*, Cambridge, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1993.

Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1997.

____, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

____, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.

____, "Valores y normas. Un comentario al pragmatismo kantiano de Hilary Putnam", en Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores,* Madrid, Trotta, 2008.

____, *Verdad y justificación,* Madrid, Trotta, 2002.

____, *Teoría de la acción comunicativa*, Barcelona, Taurus, 1987, t. I.

____, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999.

____, *Werte und Normen. Ein Kommentar zu Hilary Putnams Kantischem Pragmatismus*, en Raters, L. M. y Willaschek, M. (eds), *Hilary Putnam und die Tradition des Pragmatismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002.

Halpin, Andrew, *Rights and Law. Analysis and Theory*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, México, FCE, 2001.

Hans, Joas, "Werte versus Normen. Das Problem der moralischen Objektivität bei Putnam, Habermas und den klassischen Pragmatis-

ten", en Raters, L. M. y Willaschek, M. (eds.), *Hilary Putnam und die Tradition des Pragmatismus,* Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002.

Hart, Herbert L. A., *Essays in Philosophy and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

____, *El concepto de derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977.

Hayek, Friedrich von, *Camino de servidumbre*, San José de Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1986.

Heller, Herman, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985.

Hernández, M.; Kalmanovitz, P. y Salinas, Y., *Documento de propuestas. Componente de tierras* (manuscrito), 2011.

Herrera, C. M., *Les droits sociaux*, París, Puf, 2009.

Hobbes, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán,* 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

____, *Leviathan*, Madrid, Altaya, 1997.

____, *Tratado sobre el ciudadano,* Madrid, Tecnos, 1999.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Hooker, Brad, "Rule-Consequentialism", en *The Blackwell Guide to Ethical Theory,* H. LaFol-let-te (ed.), Oxford, Blackwell Publ, 2000.

Ibáñez Londoño, Ana María, *El desplazamiento forzoso en Colombia: un camino sin retorno hacia la pobreza*, Bogotá, CEDE-Universidad de los Andes, 2008.

____, *La estabilización económica de la población desplazada,* Bogotá, Working Papers-FIP, 2006.

Informe 2010, Informe del Gobierno Nacional a la Corte Constitucional sobre la superación del estado de cosas inconstitucional declarado mediante la Sentencia T-025 de 2004, Bogotá, Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, julio 1 de 2010.

Informe 2011, Pronunciamiento del Gobierno Nacional sobre la política pública para la Población Víctima del Desplazamiento Forzado por la violencia, Bogotá, Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, marzo 16 de 2011.

International Commission of Jurists, "Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability", en *Human Rights and the Rule of Law Series,* núm. 2, Génova, 2008.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1996.
____, *La metafísica de las costumbres*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.
____, *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza, 2004.
____, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.
____, *¿Qué es la justicia?*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
____, *Teoría pura del derecho*, 7ª ed., México, Porrúa, 1993.

Kersting, Wolfgang (ed.), *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates,* Berlín, Akademie Verlag, 1996.

Korsgaard, Christine, "From Duty and the Sake of the Noble: Kant and Aristotle on Morally Good Action", en Engstrom, S. y Whiting, J. (eds.), *Aristotle, Kant, and the Stoics,* Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1996.
____, *The Sources of Normativity*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press, 1996.

Koselleck, Reinhart, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués,* Madrid, Trotta, 2007.

Landau, David, "Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, núm. 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Laporta, Francisco J., "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2004.

Locke, John, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 2000.

MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2001.

Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke,* Madrid, Trotta, 2005.

Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio,* 2ª reimp., Madrid, Alianza, 2002.

Martiarena, Oscar, *La formación del ciudadano del mundo*, México, Alia, 2009.

Marx, Karl, *Escritos de juventud*, México, FCE, 1982.

McCloskey, H. J., "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good", en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights,* Oxford, Basil Blackwell, 1985.

Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven, Quito, Orville Jr. Center-CDES, 2003.

Milanovic, Branco, *La era de las desigualdades*, Madrid, Ediciones Fundación Sistema, 2006.

Minow, Martha, "The Work of Re-Membering: After Genocide and Mass Atrocity", en *Fordham International Law Journal,* 23, 1999.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 5ª ed., 1ª reimp., Madrid, Tecnos, 2002.

Nino, Carlos Santiago, "On Social Rights", en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1993.

____, *Ética y derechos humanos,* Barcelona, Ariel, 1989.

Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

____, *Anarquía, Estado y utopía*, 1ª reimp., México, FCE, 1990.

Nussbaum, Martha C., *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

____, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.

____, *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona, Paidós, 2014.

____, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2004.

____, *Justicia poética*: *la imaginación literaria y la vida pública*, Barcelona, Convenio Andrés Bello, 1997.

____, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon, 1996.

____, *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades,* Buenos Aires y Madrid, Katz, 2010.

____, *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

____, *Upheavals of Thought. The Inteligence of Emotions*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2001.

O'Neill, Onora, "Four Models of Practical Reasoning ", en *Bounds of Justice,* Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2000.

Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico,* Barcelona, Labor, 1980.

Ovejero Feliz, José Luis Martí y Gargarella, Roberto (comps.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad,* Buenos Aires, Paidós, 2003.

Padua, Marsilio de, *El defensor de la paz,* Madrid, Tecnos, 2009.

Parra-Vera, Oscar, *El derecho a la salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

Patzig, Günther, "Die Begründbarkeit moralischer Forderungen", en Gesamte *Schriften I. Grundlagen der Ethik,* Göttingen, Wallstein Verlag Göttingen, 1994.

Paulson, Stanley y Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

Peces-Barba, G., "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Revista Derechos y Libertades*, año III, núm. 6, Madrid, 1998.

Pereira de Souza Neto, C. y Sarmiento, D. (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

Pérez, Luis Eduardo, "¿Cuándo se supera la situación de desplazamiento? El fin del desplazamiento: propuesta de criterios de cesación", en Rodríguez, César; Guataquí, Juan Carlos *et al.* (coords.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho-Ediciones Uniandes, 2009.

___ *et al.* (eds.), *Seis ciudades, cuatro países, un derecho: análisis comparativo de políticas educativas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho-Justicia y Sociedad (DeJusticia)-Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007.

____, Rodríguez, César y Uprimny, Rodrigo, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007.

___ y Botero, J. C., *Guía para la formulación de una política pública de prevención de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario,* manuscrito, 2011.

Pettit, Philip, *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

Pisarello, G., "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", en Carbonell, M.; Cruz Parcero, J. A. y Vázquez, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías,* México, IIJ-UNAM, 2000.

____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

Platón, *La República*, Madrid, Gredos, 1992.

Pocock, J. G. A., *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, 2ª ed., Madrid, Técnos, 2018.

Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2005.

____, "Reconocidos y violados por la ley internacional: los derechos humanos de los pobres globales", en Cortés, F. y Giusti, M. (eds.), *Justicia global, derechos humanos y responsabilidades*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de Antioquia-Universidad Católica del Perú, 2007.

Polanyi, Karl, *El sustento del hombre*, Madrid, Capitán Swing Libros, 2009.

Putnam, Hilary, *Antwort auf Jürgen Habermas*, en Raters, L. M. y Willaschek, M., *Hilary Putnam und die Tradition des Pragmatismus,* Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002.

____, *Cómo renovar la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1994.

____, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2002.

____, *Ethics without Ontology*, Cambridge (E.U.A), Londres (Ingl.), Harvard University Press, 2004.

____, *Werten und Normen*, en Wingert, L. y Günther, K., *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit,* Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2001.

____, *Vernunft, Wahrheit und Geschichte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1996.

____ y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, Madrid, Trotta, 2008.

Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

____, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Raters, L. M. y Willaschek, M. (eds), *Hilary Putnam und die Tradition des Pragmatismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002.

Rawls, John, *Justicia como equidad*, Barcelona, Paidós, 2001.
____, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
____, *Lectures on the History of Political Philosophy,* ed. por Samuel Freeman, Cambridge, Mass., Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.
____, *Una teoría de la justicia*, 2ª ed., México, FCE, 1995.

Reales, C. E., "Design and Implementation of the Orders Imparted in Decision T-025 of 2004: An Assessment of the Process", en Arango, R. (ed.), *Internal Displacement in Colombia*, Brookings Institute, en prensa.

Reinert, Erik S., *La globalización de la pobreza*, Barcelona, Crítica, 2007.

Restrepo, J., "El seguro de salud en Colombia ¿Cobertura universal?", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud,* núm. 2, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

Rodríguez, César, "¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional", en Rodríguez, César *et al.* (coords.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho-Ediciones Uniandes, 2009.

Ronconi, Liliana, "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?", en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996.
____, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad", en Shue, S. y Hurley, S. (eds), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998.
____, *El Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

Rosanvallon, Pierre, *La sociedad de los iguales*, Buenos Aires, Manantial, 2012.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1994.

____, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Madrid, CECP, 1999.

____, *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza, 1980.

Saffon, María Paula, "Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court", en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007.

Salinas, Yamile, "¿Cómo proteger los bienes de los desplazados? La protección y restitución de tierras y los bienes inmuebles de los víctimas del desplazamiento", en Rodríguez, César; Guataquí, Juan Carlos *et al.* (coords.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho-Ediciones Uniandes, 2009.

Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Mass., s.d., 1982.

Santos, Boaventura de S. y García-Villegas, Mauricio *et al.* (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, col. Ciencias, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, t. I.

Sarlet, Ingo W., A *Eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Adrogado, 2007.

____, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efectividade do direito à saúde na Constituição de 1988, en *Revista Diálogo Jurídico,* núm. 10, Janeiro, Salvador-Bahía-Brasil, 2002.

Schmitt, Carl, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes,* Granada, Comares. 2004.

____, "El concepto de lo político" y "*Teología política I*", en Aguilar, Héctor Orestes (comp.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, FCE, 2001.

____, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994.

____, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.

Scruton, Roger, *Historia de la filosofía moderna. De Descartes a Wittgenstein*, Barcelona, Península, 2003.

Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
____, *Making the social world. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
____, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Barcelona, Nobel, 2000.

Sen, Amartya Kuman, *Desarrollo y libertad*, Bogotá, Planeta, 2000.
____, "Economía del bienestar y dos aproximaciones a los derechos", en *Estudios de Filosofía y Derecho,* núm. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
____, *El derecho a no tener hambre,* Estudios de Filosofía y Derecho, núm. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
____, "Rights and Capabilities", en Honderich, T. (ed.), *Morality and Objectivity*, Londres, s.d, 1985.
____, "Rights as Goals", en Guest, St. y Milne, A. (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice,* Stuttgart, Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1985.

Sepulveda, Magdalena *et al.*, *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.
____ *et al.*, *Universal and Regional Human Rights Protection. Cases and Commentaries*, Costa Rica, 2004.

Shklar, Judith, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, New Haven, Harvard University Press, 1998.
____, *Los rostros de la injusticia*, Barcelona, Herder, 2010.

Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

Skinner, Quentin, *La libertad antes del liberalismo*, Madrid, Taurus-CIDE, 2004.

Stevenson, Charles L., *Ethics and Language*, New Haven, Yale University Press, 1944.

Strauss, Leo, *La filosofía política de Hobbes. Su fundamento y su génesis*, Buenos Aires, FCE, 2006.
____, *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953.

Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
____, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", en *U. of Chicago Public Law Working Paper,* núm. 12, Chicago, 2001.

Taylor, Charles, "Ethics and Ontology", en *The Journal of Philosophy,* 2003, vol. 100, núm. 6.

Tilly, Charles, *Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza, 1999.

Tomasevski, Katherina, *Education denied. Costs and Remedies*, Londres, 2003.

Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997.

Tushnet, Mark, "An Essay on Rights", en *Texas Law Review*, vol. 62, núm. 4.

Uprimny, Rodrigo, "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Routledge, 2006.

Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, s.d., 1983.

Wingert, L. y Günther, K. (eds.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit,* Frankfurt, Surkamp, 2001.

Yamin, A. E. y Parra, O., "How do Courts set Health Policy? The case of the Colombian Constitucional Court", en *PLoS Med,* 6(2): e1000032.doi:10.1371/journal.pmed.1000032.

Young, Iris Marion, *Intersecting voices*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, auto 233 de 2007.

Corte Constitucional, auto 092 de 2008.

Corte Constitucional, auto 116 de 2008.

Corte Constitucional, auto 004 de 2009.

Corte Constitucional, auto 005 de 2009

Corte Constitucional, auto 008 de 2009.

Corte Constitucional, auto 385 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-426 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia T-533 de 1992.

Corte Constitucional, sentencia SU-342 de 1995.

Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia C-700 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia C-747 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia SU-995 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001.

Corte Constitucional, sentencia T-149 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002.

Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia SU-120 de 2003.

Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia C-278 de 2007.

Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008.

Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle")", Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "19 Comerciantes", Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, núm. 109.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la "Masacre de Mapiripán", Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la "Masacre de Pueblo Bello", Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las "Masacres de Ituango", Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C, núm. 148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de "La Rochela", Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina
de Rodolfo Arango
se terminó de imprimir en el mes
de septiembre de 2016, en los Talleres Gráficos
del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro,
dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la
dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

Otras publicaciones

Constitución y Democracia

La Constitución bajo tensión

Néstor Pedro Sagüés

Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional

Leonardo García Jaramillo

Constitución y Derechos

REALIZANDO LOS DERECHOS
SU FILOSOFÍA Y PRÁCTICA EN AMÉRICA LATINA

El presente libro unifica un conjunto de ensayos que se agrupan en una doble perspectiva: la justificación filosófica de los derechos y su aplicación en la práctica del constitucionalismo latinoamericano.

La primera parte, dedicada a la filosofía de los derechos, se ocupa del concepto de los derechos, en sus modalidades de humanos y fundamentales; de su función en las democracias constitucionales contemporáneas; de diversas formas de concebirlos y de su goce efectivo en una realidad concreta. El objeto de estudio es el lenguaje normativo desde una perspectiva pragmática. ¿Por qué es importante conservar la pretensión de objetividad a la hora de justificar filosóficamente los derechos? ¿Pueden las buenas razones ser suficiente motivación para mover a la acción o para justificar la omisión? ¿Son exigibles vía la coerción organizada en el estado constitucional y democrático de derecho, las actuaciones basadas en buenas razones debidamente justificadas? ¿Es posible determinar objetivamente un mínimo de acciones u omisiones jurídica, moral y políticamente exigibles? ¿En qué afecta la práctica del derecho constitucional e internacional concebir los derechos como principios o fines? Todos estos interrogantes son abordados y discutidos a la luz de la concepción pragmatista de los derechos.

La segunda parte reflexiona sobre el estado, las perspectivas y los desafíos del derecho constitucional en América Latina en los últimos dos lustros. Realizar los derechos, sean humanos, constitucionales o fundamentales, exige siempre tener los ojos bien abiertos a la realidad material que se pretende modificar mediante el uso del discurso normativo. El hecho de que los derechos se realicen de forma progresiva, ha llevado equivocadamente a que algunos les atribuyan una supuesta naturaleza "aspiracional". Tal apreciación no es compartida aquí; su efecto devalúa el carácter normativo de los derechos. Asociar los derechos humanos y fundamentales -en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales- a "aspiraciones", es recaer en una concepción bien sea iusnaturalista, en la que los derechos *per se* se tienen con independencia de la realidad sociológica, o iuspositivista, que los hace coincidir con acciones con mera relevancia simbólica.

El plano normativo viene a complementarse con el plano de la facticidad: los derechos se realizan siempre en un contexto histórico y geográfico concreto, en nuestro caso el discurso y la práctica del derecho constitucional en Latinoamérica, lo que otorga énfasis y marcadores particulares al tratamiento del tema. Como en la literatura, el lector de otras latitudes podrá, si mantiene la mente abierta, encontrar semejanzas y diferencias en la reconstrucción de una práctica cuyo perfeccionamiento trasciende la utilidad local.

ISBN 978-607-7822-27-1
9 786077 822271

QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO