

# La paz como proyecto constitucional

Leonardo García Jaramillo  
Universidad EAFIT (Medellín)

Recibido: 14-09-12

Aprobado: 13-12-12

---

## Resumen

A pesar de la históricamente alegada estabilidad democrática de Colombia, se trata de un país que ha oscilado desde hace más de 50 años entre indicadores desfavorables respecto de la violencia y la inestabilidad institucional, en algunas ocasiones particularmente negativos. A finales de 1980 una serie de factores políticos, jurídicos, económicos y sociales, agravados por la confrontación entre el Estado y el cartel de Medellín, así como por el surgimiento de nuevas guerrillas y luego de los paramilitares, confluyeron en la necesidad imperativa de cambiar el texto constitucional. No solo se consignó en la nueva Constitución que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, sino que tras 20 años de desarrollo legislativo y judicial de esta disposición la paz se ha procurado alcanzar aumentando la seguridad pero con cada vez mayor consciencia de la necesidad de implementar políticas de justicia social. En pocos contextos como el colombiano se ha procurado reivindicar la idea de Bobbio: “Una constitución es un pacto de paz”.

**Palabras-clave:** Constitución Política de Colombia, Constituyente de 1991, paz, justicia social.

## Abstract

Despite of the historically alleged democratic stability in Colombia, we are taking about a country that has oscillated for more than 50 between unfavorable indicators in matters of violence and instability, particularly negative sometimes. In the late 1980s a number of political, juridical, economic and social issues, aggravated by the uprising of “Medellin cartel”, new guerrillas and paramilitaries, came together in the imperative to change the Constitution. Peace not only was incorporated in the new Constitution saying that “is a right and a binding duty”, but also after 20 years of legislative and judicial development of this provision have sought to achieve it with security policies and -with increasing awareness- with the need to implement social justice policies. In a few contexts like Colombia has sought to defend the idea of Bobbio: “A constitution is a covenant of peace”.

**Key-words:** Colombian Political Constitution, constituent assembly of 1991, peace, social justice.

*“Colombia es un laboratorio social, muchas veces macabro eso sí, de creatividad y experimentación social”* (Boaventura de Sousa Santos)

*“Colombia es un país tan fascinante porque parece siempre al punto de hundirse, pero no se hunde. Es un milagro permanente, además una mezcla de fenómenos de violencia con un alto grado de civilidad en la gente, de amor y tolerancia entre la gente”* (Daniel Pécaut)

## I. La configuración del primer verdadero constitucionalismo colombiano

En 1958 una coalición de los dos principales partidos políticos, el Liberal y el Conservador, puso fin a uno de los períodos más turbulentos en la historia política y social colombiana: “La violencia”, la cual se suscitó luego del asesinato del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán y la subsiguiente dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla<sup>1</sup>. La alternancia en el poder por cuatro períodos presidenciales, la división acordada de la representación parlamentaria y la repartición paritaria de la burocracia, supuso el fin de un enfrentamiento armado que costó la vida a cerca de 300.000 colombianos y que obligó a desplazarse a cerca de una quinta parte de la población. El plebiscito de 1957<sup>2</sup>, en el cual el pueblo se manifestó a favor de los acuerdos suscritos para que entrara en vigencia el Frente Nacional<sup>3</sup>, restringió severamente los derechos políticos. Si bien la reconciliación entre los partidos políticos, en pro de la cual se suscribió el Frente Nacional, redujo la tasa de violencia, aquélla que se produjo al final del Frente y durante el post-frente se atribuye a la falta de credibilidad y confianza de la sociedad civil en el sistema político y en su régimen institucional, debido a las restricciones en la participación política y a la consideración de la sociedad por sus instituciones públicas de una manera que no reflejaba el pluralismo que la

<sup>1</sup> Como señaló el columnista Armando Gomez Latorre meses previos a la expedición de la Constitución de 1991: “Lo bueno y oportuno del Frente Nacional fue su tarea positiva para contener la sangría del cuerpo social de la Nación, ocasionada por la violencia política. Pero lo negativo *nunca superó lo peor del sistema: el aletargamiento doctrinario del partido liberal, el burocratismo y la abstención electoral*. Desde entonces esa grave dolencia crónica se cierne amenazante sobre la frágil democracia colombiana”. *El Tiempo*, marzo 22 de 1991 (énfasis añadido).

<sup>2</sup> 4.169.294 votos por el sí, 206.654 votos por el no y 20.738 en blanco. 194 votos fueron anulados. Escrutinio de la Corte Electoral, 30 de enero de 1958.

<sup>3</sup> Se dijo al respecto en uno de tales acuerdos, la Declaración de Sitges: “pensamos que el procedimiento más rápido y eficaz, y también el más democrático, para salir del caos y dar firme piso al orden constitucional y para aniquilar los repliegues y escondrijos donde se refugian los ergotistas y sofistas de la dictadura, es que tales enmiendas se lleven a la aprobación o rechazo de la opinión pública por medio de un plebiscito muy sencillo y concreto, que, otorgue al sistema paritario en las corporaciones públicas y, en general, al entendimiento de los partidos, un apoyo indiscutible por la apelación a la fuente más pura del poder público”.

caracterizaba en todos los órdenes<sup>4</sup>.

Dentro de los principales efectos jurídicos que tuvo el plebiscito, se destacan dos: impidió la posibilidad de conformar partidos u organizaciones políticas por fuera del Liberalismo y el Conservatismo, y restringió el proceso de reforma constitucional únicamente al procedimiento parlamentario. Las elites políticas que realizaron los acuerdos querían resguardar el poder para controlar las reformas a la Constitución de 1886, razón por la cual introdujeron en el plebiscito el artículo 13<sup>5</sup>, que condujo a una rígida parálisis institucional. A pesar de que el Frente Nacional terminó en 1974, el monopolio bipartidista continuó hasta el nombramiento mismo de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente en 1990, en lo que se ha denominado el post-frente.

El anquilosamiento del sistema político al que condujo la petrificación del sistema jurídico impedía la libre gobernabilidad y reducía la posibilidad de desarrollar las iniciativas de cada presidente. Desde el primer gobierno luego de finalizado el Frente Nacional en 1974 con la presidencia del conservador Misael Pastrana, aconteció una frustrada secuencia de intentos de modificar la Constitución, entre 1977 y 1989, liderada por los gobiernos de Alfonso López Michelsen (1974-1978), Julio César Turbay (1978-1982), Belisario Betancur (1982-1986) y Virgilio Barco (1986-1990). Unos proyectos no culminaron el trámite legislativo y otros fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado.

Diversos y complejos acontecimientos de naturaleza política, jurídica y social, articulados con un sistema económico desueto, confluyeron a finales de la década de 1990 en la necesidad imperativa de reformar el texto constitucional de manera tal que se cambiara profundamente el sistema jurídico en conjunto. Los desafíos que le impusieron violentamente a la sociedad el narcoterrorismo, las primeras masacres paramilitares, las marchas campesinas armadas, el inicio de los secuestros políticos y los enfrentamientos contra la guerrilla, terminaron de poner en jaque un sistema jurídico-político petrificado que no respondía a las necesidades reales de la sociedad. El gobierno Barco pretendió que los cambios se hicieran apelando al constituyente primario. Se requerían nuevas bases para el acuerdo político en el país y ajustes profundos en las instituciones jurídico-políticas, lo cual suscitó a finales de 1980 la respuesta social desde algunos gremios y la creación del “Movimiento estudiantil por la séptima papeleta”.

Estudiantes y profesores universitarios propusieron que en las elecciones ordinarias del 11 de marzo de 1990, donde se elegían senadores, representantes, alcaldes<sup>6</sup>, diputados, concejales y el candidato del partido Liberal a la

<sup>4</sup> La misma violencia guerrillera surgió durante el primer gobierno conservador del Frente como expresión armada de reivindicaciones y luchas sociales que habían sido obstruidas institucionalmente. Francisco Leal Buitrago – León Zamosc (comps.) *Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80*. Bogotá: Universidad Nacional - Tercer Mundo, 1990.

<sup>5</sup> Plebiscito de 1957, art. 13: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el art. 218 de la Constitución”.

<sup>6</sup> La Constitución de 1991 eliminó el nombramiento presidencial de los gobernadores y estableció

presidencia<sup>7</sup>, el pueblo introdujera una papeleta adicional, la séptima, en la cual se expresara a favor de la convocatoria a una asamblea constitucional. La papeleta se difundió también por los dos principales diarios de circulación nacional: *El Tiempo* y *El Espectador*. Universitarios en todo el país se sumaron a esta idea realizando asambleas y mesas de trabajo. Luego se concentraron en la idea de cómo debería ser la asamblea, precaviendo que no fuera un grupo de notables, sino representantes del pueblo, quienes modificaran la Constitución de 1886.

Cerca de 2 millones de papeletas se depositaron a favor de la convocatoria. Aunque este hecho político no tuvo consecuencias directas debido a la informalidad de la propuesta y a que el Consejo Electoral no contabilizó la papeleta adicional, toda vez que no estaba legalmente reconocida dentro de esa elección, fue el catalizador de un movimiento de opinión que el gobierno Barco interpretó de forma tal que dictó el Decreto 927, mayo 3 de 1990, donde ordenaba a la organización electoral que contabilizara los votos que se produjeran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 para integrar una asamblea constitucional<sup>8</sup>.

El Decreto fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en la opinión popular, expresada con la séptima papeleta, y en circunstancias de violencia, inestabilidad y descrédito institucionales. Reconoció que ese voto “involucraba al constituyente primario” y constituía un hecho político que traducía un verdadero mandato. El 6 de diciembre de 1990 el presidente de la Corte, Jorge Carreño Luengas, se dirigió a la opinión pública para anunciar el sentido del esperado fallo: “Después de un prolongado estudio y de un intenso debate declaró constitucional en su integridad el decreto [interrumpido por aplausos de los periodistas y demás asistentes] legislativo 927 del 3 de mayo de 1990 por el cual se invita a la ciudadanía a votar por una asamblea constitucional”. En la sentencia 59, mayo 24 de 1990, sostuvo que: “El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo”. Se convocó entonces a elecciones presidenciales y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución de 1886.

Los cinco precandidatos liberales firmaron un manifiesto comprometiéndose a que si alguno resultaba elegido presidente convocaría la asamblea. Este fue el principal componente político que derivó en la desmovilización del M-19, el 8

su elección mediante voto popular y determinó su período en tres años.

<sup>7</sup> En convención realizada el 22 de julio de 1989 el Partido Liberal adoptó el mecanismo de la consulta popular, por primera vez en Colombia, de la cual resultaron seis precandidatos: Ernesto Samper, Luis Carlos Galán, Alberto Santofimio, Hernando Durán Dussán, Jaime Castro y William Jaramillo.

<sup>8</sup> Decía la tarjeta electoral: “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución de Colombia: SI NO”.

de marzo de 1990. A pesar del asesinato de Carlos Pizarro, los desmovilizados no abandonaron el proyecto de paz y continuaron con el proceso político. Con amparo constitucional, se convocaron las elecciones presidenciales ordinarias, el 27 de mayo de 1990, y se realizó una votación adicional para que el pueblo se manifestara sobre la conveniencia de convocar a una asamblea que modificara la Constitución de 1886. Un reducido número del censo electoral vigente se expresó mayoritariamente a favor<sup>9</sup>.

El 7 de agosto de 1990 resultó elegido presidente César Gaviria, quien expidió, bajo estado de sitio, el Decreto 1926, agosto 24 de 1990, para convocar dicha asamblea. Regulaba también lo relativo a su conformación, estableció un temario, unas reglas electorales y realizó una serie de orientaciones para su funcionamiento. En sentencia No. 138, emitida el 9 de octubre de 1990, la Corte Suprema varió su jurisprudencia para declarar constitucional, en una decisión dividida, tal Decreto. Por unanimidad la sala constitucional en su proyecto de fallo había propuesto la inexecutable del Decreto.

La mayoría (14-12) de la Corte lo encontró parcialmente inexecutable, pues declaró inconstitucional las limitaciones que el gobierno había impuesto a la asamblea, fundamentalmente el temario establecido para las deliberaciones y el control posterior a la Constitución que expidiera la Asamblea, el cual se propuso que fuera ejercido por la propia Corte Suprema. No era posible limitar el poder del constituyente primario, arguyó. La única limitación era la finalidad expresada de fortalecer la democracia participativa y las normas dirigidas a elegir a los representantes. La Corte otorgó así vía libre a la reforma integral de la Constitución. En este punto es relevante enfatizar que fue la Corte la que transformó la asamblea constitucional en Asamblea Nacional Constituyente. Por esta razón los constituyentes fueron facultados para revisar y derogar íntegramente la centenaria Constitución entonces vigente y promulgar en consecuencia una Constitución totalmente nueva<sup>10</sup>.

El amplio espectro ideológico y político que resultó elegido se contradecía con la historia colombiana, que había visto repartirse el poder entre los dos partidos tradicionales, que además desde la implantación del Frente Nacional mantuvieron siempre mayorías en el Congreso. Ahora una asamblea constituyente pluralista estuvo integrada por diversos sectores<sup>11</sup>. El total de constituyentes, sumando las otras fuerzas que integraron la Asamblea, fue de 74. Fueron elegidos 70 por votación directa y 4 voceros de organizaciones subversivas desmovilizadas que se integraron posteriormente a las deliberaciones: 2 por el Ejército Popular

<sup>9</sup> Hubo en la elección de la Asamblea un 75.34% de abstención, pues de los casi quince millones de electores habilitados, concurren a las urnas poco más de tres.

<sup>10</sup> Manuel José Cepeda, "Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The Role of the Constitutional Court", en: Eduardo Posada Carbó (ed.) *Colombia: The Politics of Reforming the State*. New York, St. Martin's Press, 1998.

<sup>11</sup> La fuerza que obtuvo mayor respaldo fue la liberal con 31,22%; la segunda, la Alianza Democrática M-19 con 26,75%; y la tercera, el Movimiento de Salvación Nacional con 15,48%. Respecto a la representación por género, sólo 4 mujeres resultaron electas.

de Liberación, 1 por el Partido Revolucionario de los Trabajadores y 1 por el movimiento armado Quintín Lame. Sólo los dos primeros tenían derechos plenos, es decir voz y voto, mientras que los dos segundos sólo contaban con voz dentro de la Asamblea. Además del M-19, la pluralidad en los ámbitos político, ideológico, social y cultural, se expresaba en otros integrantes como los cristianos, los indígenas, la Unión Patriótica y los otros guerrilleros desmovilizados. 500 años después de la Conquista, los indígenas fueron integrados en el proceso de definir nuestro destino como sociedad, al considerarlos sujetos políticos deliberantes. La diversidad de fuerzas participantes dotó de legitimidad a la Asamblea para realizar los profundos cambios que se tenían previstos.

La violencia que aquejaba al país se debía en parte a las restricciones que imponía el sistema político, pues al impedir la disidencia reducía la representación de numerosos sectores ante las instancias de decisión política. Como desde la Asamblea se pretendió promulgar una Constitución que fuera duradera, pero no mediante procedimientos autoritarios, la apuesta fue por más democracia. La apuesta por alcanzar la paz con inclusión y oportunidades de participación política, se reflejó también en la reformulación de la estructura de los partidos políticos. Se produjo una gran apertura de los canales para la participación de todas las corrientes de la opinión pública<sup>12</sup>. Otra forma de favorecer la participación democrática fue ampliando la facultad de iniciativa legislativa a otros organismos, pues previamente estaba concentrada exclusivamente en los poderes legislativo y ejecutivo<sup>13</sup>. Se evolucionó en este sentido de una democracia representativa a una democracia participativa. Se crearon instituciones electorales autónomas y se procuró fortalecer los órganos de control. Se avanzó hacia los mecanismos de justicia constitucional y se consagraron formas de protección judicial para hacer efectivos los derechos y aplicar la constitución no sólo a las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a las relaciones entre particulares.

Resulta llamativo y podría decirse que es uno de los principales hechos que explican la excepcionalidad que muchos analistas han visto en Colombia<sup>14</sup>, que en medio del terrorismo financiado por los narcotraficantes, de la guerra sin cuartel entre carteles y del combate de las fuerzas militares y de policía a la guerrilla y a los paramilitares no se recurriera como proyecto de reforma a un sistema autoritario, a un régimen militar o a un modelo que derivara en la reducción de

<sup>12</sup> Lo cual sin embargo no tuvo un efecto positivo. Las organizaciones sociales se podían volver partidos políticos y se podía conformar uno con 50.000 firmas. Un lustro después de proclamada la Constitución habían 75 partidos políticos.

<sup>13</sup> Actualmente pueden presentar proyectos de ley, además de los congresistas y el gobierno a través del ministro del ramo correspondiente, las altas cortes (Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Corte Suprema y Consejo de Estado), los organismos de control (Consejo Nacional Electoral, Procuraduría General, Defensoría del Pueblo y Contraloría General), la Fiscalía General, la ciudadanía (en número igual o superior al 5% del censo electoral), los concejales y diputados del país (30% del total). Asimismo, pueden presentar proyectos para modificar, reformar o derogar la Constitución (actos legislativos), el Gobierno Nacional, diez congresistas, los ciudadanos (en número igual o superior al 5% del censo electoral), y los concejales y diputados del país (20% del total).

<sup>14</sup> Como los dos cuyas expresiones al respecto son usadas como epígrafes de este texto.

los derechos civiles. La oportunidad que estaba buscando la sociedad agobiada, con apoyo de la política, fue antes por más democracia: por inclusión, derechos, ampliación y generalización del bienestar, fruto del crecimiento económico.

La izquierda abandonó ambiciosas propuestas que defendió en varios “proyectos de acto reformativo” a la nueva Constitución, los cuales se centraban fundamentalmente en asegurar mayores indicadores de justicia social y reducción de la pobreza, precisamente porque pensó que la apertura democrática les permitiría luego en la arena política proponer leyes igualitarias para desarrollar las provisiones que se establecieron en la Constitución. Las exclusiones políticas han sido no sólo en Colombia, sino también en muchos países latinoamericanos, las principales causantes de distintos períodos de violencia e inestabilidad institucional<sup>15</sup>.

## II. La paz como proyecto constitucional

En el sentido de lo afirmado hasta aquí, hay que enfatizar que si bien la Constitución no consiguió la paz, deslegitimó por completo la lucha política armada<sup>16</sup>. En 1991 se acabaron definitivamente las justificaciones para alzarse en armas como método de inserción política. La nueva Constitución pretendió dotar al país de un marco jurídico que posibilitara la integración de sectores que sólo habían encontrado en el alzamiento en armas la forma de integrarse como actores políticos en las dinámicas sociales. No sólo se posibilitó que otras tendencias políticas integraran el Congreso, sino que se dotó al ciudadano con mecanismos para ejercer plenamente su ciudadanía a partir de la apertura de importantes espacios de participación<sup>17</sup>. En 1991 se redefinió el alcance de la ciudadanía al considerar a todas las personas como miembros de una única comunidad política. Otras herramientas que se concibieron en 1991 para ampliar la democracia fueron la modificación de las estructuras y relaciones de poder entre los ciudadanos y los organismos del Estado, el mayor equilibrio efectivo entre los poderes, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la incorporación de nuevos derechos, el resguardo a las reglas electorales y la creación de mecanismos para la garantía a los derechos, dentro de los cuales sobresale la acción de tutela<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Oscar Vilhena Vieira, “Desigualdad y Estado de derecho”, en: César Rodríguez (ed.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

<sup>16</sup> Francisco Gutiérrez-Sanín, “La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías”, en: *Estudios Sociojurídicos* Vol. 13, No. 1, 2011.

<sup>17</sup> Juan Carlos Esguerra, *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Legis, 2005.

<sup>18</sup> Los principales trabajos sobre la tutela, son: Manuel José Cepeda (coord.) *La tutela: materiales y reflexiones sobre su significado*. Bogotá, Presidencia de la República, 1992. Néstor Osuna, *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá, Universidad Externado, 1998. Antonio Barreto, “Amparo constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”, en: VV.AA. *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, 1999. Rodolfo Arango, “La jurisdicción social de la tutela”, en: *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá, Universidad Externado, 2004. Catalina Botero, *La acción*

A pesar de la apuesta unánime por conseguir la paz como el principal proyecto de la Asamblea, no había entonces, como no hay ahora, una única concepción acerca de lo que significa ni, por lo tanto, un único camino propuesto para conseguirla. Tres concepciones se organizaron ideológicamente en el seno de la Asamblea. Desde la izquierda se propugnó por aumentar la justicia social y lograr una efectiva redistribución del ingreso como medios para alcanzar la paz. Los ex guerrilleros desmovilizados y algunos miembros del partido Liberal defendieron estos principios y los medios para alcanzarlos. El presupuesto de la paz liberal era la falta de legitimidad del Estado, por lo que el objetivo de la Asamblea desde esta ideología fue defender la necesidad de estructurar un amplio catálogo de derechos fundamentales y de apoyar el ingreso de la izquierda a la política.

La exclusión de la posibilidad siquiera de que otros mensajes políticos pudieran tener expresión electoral, algo tan importante en la tradición colombiana, era lo que legitimaba a los grupos a alzarse en armas. Paz significa más democracia, en tanto supone inclusión política y protección de la disidencia. Desde esta posición se insistía con particular ahínco por repensar el modelo económico neoliberal y el consenso de Washington. El Estado bienestar y el liberalismo social se defendieron desde esta ideología. La paz conservadora se planteó desde la urgencia por fortalecer el poder y la presencia del Estado mediante el monopolio de las armas y el orden. El fin del conflicto era a la vez medio y fin de la consecución de la paz. La paz significaba orden público<sup>19</sup>. Por la propia lógica del funcionamiento de la Asamblea y por el hecho de que ninguna fuerza política que defendiera alguna de estas ideologías tenía el número de constituyentes necesarios para aprobar u objetar por sí solo una propuesta de acto reformativo, se debieron someter las propuestas establecidas desde cada ideología a acuerdos y consensos. Claramente triunfó la ideología liberal.

En casos como el colombiano, el ecuatoriano y el boliviano, se trata de un constitucionalismo de la diversidad, toda vez que el principio del pluralismo cultural se dotó de particular efectividad tanto por su consagración como por la posibilidad –brindada por las propias constituciones– de ratificación de tratados internacionales en los cuales se amparan derechos de pueblos indígenas y sujetos de especial protección. Igualmente la mayor extensión pero sobre todo la vocación de rigidez de las nuevas constituciones latinoamericanas –en la medida en que establecen sus propias condiciones de modificabilidad de manera más estricta respecto del procedimiento legislativo ordinario– constituyen dos características del nuevo constitucionalismo latinoamericano que son afines

---

*de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006. Bernardita Pérez, *La acción de tutela*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2003. José Vicente Barreto, *Acción de tutela. Teoría y práctica*. Bogotá, Legis, 3ra ed., 2001. Manuel Fernando Quinche, *La tutela: el amparo colombiano*. Bogotá, Temis, 2011.

<sup>19</sup> Julieta Lemaitre, *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la asamblea constituyente de 1991*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

*Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, n° 29. Primer semestre de 2013. Pp. 137–154.



al contexto europeo. Estas y otras características permiten referir a un robusto constitucionalismo latinoamericano o a aquello que tempranamente se ha denominado “neoconstitucionalismo”<sup>20</sup>, con particular repercusión en México, Colombia, Brasil, Ecuador y Argentina.

Cuando regía la normativa programática en las constituciones respecto de los derechos, lo dogmático estaba supeditado a lo orgánico, pero desde el paradigma neoconstitucional y también por la acogida del derecho internacional de los derechos humanos en los países de la región, se insiste en que la razón de ser de lo orgánico es lo dogmático, en que la parte orgánica debe configurarse desde la parte dogmática. La democracia constitucional es precisamente un modelo normativo por su inescindible articulación con los derechos fundamentales que, además que límites, son su auténtica sustancia<sup>21</sup>, y porque no describe cómo “son” las cosas en realidad sino que prescribe cómo “deben ser”. El que no se haya logrado un desarrollo satisfactorio de las exigencias que comporta el modelo, contrario a lo que muchas veces se afirma, no lo deslegitima, porque precisamente cuando peor estamos por mor de la sempiterna crisis, debido a la confluencia de factores políticos, sociales y económicos, más necesitamos nortes normativos para saber hacia dónde tenemos que dirigirnos.

Un contexto deliberativo, enmarcado por una cruda realidad social empañada por la pobreza, la desigualdad, el déficit en la realización de derechos, el desempleo, la dependencia económica y los problemas de representación política, permite entender entonces por qué la salida a la crisis no fue más autoridad y seguridad, sino más inclusión política y más democracia. En este escenario cobró vital importancia la expansión del catálogo de derechos, al precisar los derechos de libertad e incluir derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos colectivos y ambientales. Asimismo se incluyeron cláusulas de derechos

<sup>20</sup> Sus perfiles están bien reconstruidos en las siguientes obras: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 4ta ed., 2009; (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta, 2007; & Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010. En lengua castellana, se han publicado trabajos de gran valía sobre el tema: Santiago Sastre, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid, McGraw Hill, 1999. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2da ed., 2012. Gloria Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid, CEPC, 2006. Manuel Atienza, Josep Aguiló & Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid, Iustel, 2007. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da ed., 2007. Luís Roberto Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México D.F., UNAM-III, 2008. Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá, Universidad Externado, 2009. José Juan Moreso, *Constitución. Modelo para armar*. Barcelona, Marcial Pons, 2009. Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid, Trotta, 2009. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Eudeba, 2009. Miguel Carbonell (ed.) *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México D.F., Porrúa, 2011. Laura Clérico – Gustavo Beade (eds.) *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad Externado, 2011.

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, secc. 1,3.

innominados para no restringir el tipo de derechos a los incluidos expresamente en la Constitución. En Colombia el último artículo del capítulo sobre protección y aplicación de derechos preceptúa que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (art. 94 constitucional).

La sustantividad del proyecto constitucional en 1991 se puede sintetizar en la ampliación del catálogo de derechos, incluyendo los sociales, y dotando de mayor precisión a los derechos de libertad, la inclusión de principios de naturaleza moral (libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana) y la consagración del Estado como social y democrático de derecho fundado en la dignidad de la persona, y cuya soberanía reside en el pueblo. Otro aspecto que permite hacer referencia a un cambio trascendental respecto de lo que había sido el constitucionalismo es la extensión, pues se trata de un texto con un contenido significativamente mayor.

La modificación en el sistema de fuentes se encuentra dentro de los cambios fundamentales en el constitucionalismo colombiano, pues actualmente la jurisprudencia se ha involucrado en el estudio de problemas teóricos generales sobre la naturaleza general y social del derecho y su relación con la justicia y la moral, versando igualmente sobre el funcionamiento y la disposición de los conceptos jurídicos que son utilizados en casos particulares. A la jurisprudencia constitucional subyace actualmente una ideología que irradia a todas las instituciones, la cual se vislumbra con meridiana claridad en el respeto constitucional al pluralismo, a la primacía en proteger la igualdad sin desamparar la libertad y en la necesidad de contar con una economía libre pero solidaria de mercado. La consagración de la dignidad y la forma de su protección amparando la autonomía individual hacen del colombiano un constitucionalismo particularmente liberal. Además, se ha introducido la jurisprudencia internacional de tribunales especializados en la protección de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Latinoamérica. La jurisprudencia se ha constituido en muchos casos en fuente primaria de la conciencia jurídica, es decir, en la principal fuente de la forma en la cual se comprende y practica el derecho en el ámbito académico y profesional.

Respecto de la idea liberal de paz constituye un avance significativo la elevación a estatus iusfundamental de las provisiones sociales, las cuales procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad. Los derechos sociales de muchas personas (la mayoría, de hecho, en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas). Son precondiciones para el ejercicio de los clásicos derechos de libertad. Las personas desfavorecidas, los “peor situados” (“*worst-off*”) de la sociedad como dijera Rawls en la estipulación del principio de diferencia, valoran que haya derechos efectivos en los que se les proteja de la esclavitud o en los que se les garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza, asociación

y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada; son, en este contexto, “fórmulas vacías”<sup>22</sup>.

### III. Justicia social como medio para conseguir la paz

Gobiernos recientes se han centrado principalmente en la seguridad y en la persecución armada del delito, los esfuerzos institucionales para aumentar el crecimiento y en elevar los niveles de desarrollo. Se hace cada vez más difícil defender públicamente la alta inversión en seguridad, pues no sólo se cuenta en Colombia con una de las fuerzas militares y de policía más numerosos del mundo en proporción a la población, sino que respecto del PIB la inversión por este rubro comporta cerca del 6%, mientras que por ejemplo Estados Unidos, con sus bases militares en todo el mundo, no destina más de 4% de su PIB. En términos económicos, hace rato que entramos en rendimientos marginales decrecientes; es decir, el incremento en el gasto produce cada vez menos en resultados adicionales<sup>23</sup>.

Sólo unos pocos guerrilleros pueden llegar a creer que por la vía de las armas van a poder cambiar las cosas para el grueso de la población. Precisamente la falta de educación por la cual llegan a conclusiones como ésta es una de las razones por las cuales muchos fueron a parar a las filas guerrilleras. Además, el tradicional abandono del campo y el desempleo hacen que las fuerzas subversivas tengan siempre, como lo han demostrado, un gran índice de relevo: a pesar de las bajas, las capturas y las extradiciones, las cosas no mejoran como se esperaría. Poco o nada avanzará el país si no toma consciencia de que la lucha armada y la inversión en seguridad y defensa deben contar con medidas complementarias que articulen la negociación política del conflicto y, sobre todo, con medidas que se dirijan hacia las verdaderas causas que han mantenido vivo el conflicto, que no es la ideología, sino el hambre y la falta de oportunidades educativas y laborales. Barack Obama, en su discurso de aceptación del premio Nobel de Paz en 2009, sostuvo que “una paz justa incluye no sólo derechos civiles y políticos, sino que tiene que abarcar la seguridad económica y las oportunidades. Para alcanzar una verdadera paz no sólo hay que estar libre de temor, sino también libre de carencias. Es indudablemente cierto que el desarrollo rara vez se arraiga sin seguridad, pero también es cierto que la seguridad no existe allí donde los seres humanos no tienen acceso a alimentación suficiente, agua potable, medicamentos o a refugio, lo cual necesitan para sobrevivir. No existe cuando los niños no pueden aspirar a una educación decente o a un empleo que pueda mantener a una familia. La

<sup>22</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2da ed. 2007, pp. 488 y ss.

<sup>23</sup> Juan Manuel López Caballero, “La presentación del nuevo Ministerio de Defensa”, en: *revista Dinero*, 2011-11-23.

falta de esperanza puede pudrir una sociedad desde su interior”<sup>24</sup>. Mientras haya desigualdad el conflicto estará alimentado.

Para que no se piense que se trata de una reclamación exclusivamente desde la izquierda, Germán Vargas Lleras, ex precandidato presidencial en Colombia por el partido Cambio Radical, cómodamente ubicado a la derecha del espectro político, tenía como uno de sus lemas: “la paz sin justicia social es efímera”. Desde un punto de vista similar, reconocidos escritores y columnistas de opinión se han expresado. Dice William Ospina que se atreve a pensar que “no será una eterna lluvia de balas matando colombianos degradados, sino un poco de justicia y un poco de generosidad, lo que podrá por fin traerle paz y esperanza a esa mitad de la población hundida en la pobreza, que es el surco de donde brotan todos los guerrilleros y todos los paramilitares y todos los delincuentes que en Colombia han sido, y todos los niños sicarios que se enfrentan con otros niños en los azarosos laberintos de las lomas de Medellín, y que vagan al acecho en los arrabales de Cali y de Pereira y de Bogotá (...) si seguimos bajo este modelo mental, no alcanzarán los árboles que quedan para hacer los ataúdes de todos los delincuentes que todavía faltan por nacer”<sup>25</sup>. Conforme a Héctor Abad Faciolince, “en un país tan injusto y complejo, hay miles de problemas distintos y no conviene tener una única obsesión. A la guerrilla se le cortan las alas alimentando la justicia”<sup>26</sup>.

En la principal sentencia que la Corte Constitucional ha proferido sobre el desplazamiento forzado interno sostuvo lo siguiente: “En un Estado Social de Derecho las autoridades tienen la obligación de corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la población”<sup>27</sup>. La competencia de los tribunales constitucionales no debe llegar hasta los campos donde debe primar el juego entre las bancadas políticas del Legislativo, tales como por ejemplo el establecimiento de la cuantía de las transferencias y los impuestos a productos y servicios determinados.

Los derechos sociales no son normas dirigidas al Estado para que el legislativo las desarrolle con total discrecionalidad<sup>28</sup>, sino derechos subjetivos que, por su estructura de principios, se deben realizar en la mayor medida posible

<sup>24</sup> Raadhuset Main Hall, Oslo City, Dec. 10, 2009. Versión original tomada de [www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-acceptance-nobel-peace-prize) (9-1-2010).

<sup>25</sup> William Ospina, “El viejo remedio”, en: *El Espectador*, octubre 2 de 2010.

<sup>26</sup> Héctor Abad Faciolince, “Santos y Uribe”, en: *El Espectador*, agosto 7 de 2011.

<sup>27</sup> Sentencia T-024 de 2005.

<sup>28</sup> Para una defensa de esta postura, contraria a la sustentada en Colombia por la jurisprudencia y por gran parte de la doctrina, véase, Ernst Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos, 1993. Fernando Atria, “¿Existen derechos sociales?”, en: *Discusiones*. No. 4, 2004. Francisco Laporta, “Los derechos sociales y su protección jurídica”, en: Jerónimo Betegón et al., (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid, Presidencia del Gobierno – Secretaría General Técnica, 2004.

atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas existentes<sup>29</sup>. Los derechos sociales fundamentales no son derechos subjetivos que se le puedan garantizar a cada persona siempre y en todos los casos, sino que deben ser consideradas las circunstancias concretas de cada caso, ya que al ser otro el obligado (no el Estado), por ejemplo, no puede exigírsele una prestación económica. Los derechos sociales son derechos fundamentales que deben adscribirse al concepto de derechos subjetivos y a la justicia compensatoria; son derechos generales que tiene el individuo frente al Estado para demandarle en determinadas circunstancias acciones fácticas positivas y deben adscribirse mediante interpretación constitucional. Son igualmente derechos de prestación en sentido estrecho, o por decirlo con Alexy, “derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo de particulares”.<sup>30</sup>

#### IV. Visión maximalista de la democracia y protección estatal de derechos sociales

En contextos de disociación entre la normativa constitucional garantista y el contexto social estructuralmente desigual, y en el marco de un constitucionalismo democrático, los órganos del Estado tienen la obligación de mejorar las situaciones de desigualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos<sup>31</sup>. Debe reconocerse que en sociedades desiguales como las latinoamericanas, los derechos sociales deben protegerse de forma que resulte efectiva la garantía contenida en ellos, porque de lo contrario a la gran mayoría de personas no les sería posible disfrutar tampoco de los derechos de libertad. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, es decir impedir que organismos del Estado

<sup>29</sup> Para esta postura, véase, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Op. cit. Víctor Abramovich – Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Roberto Gargarella, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en: Rodolfo Arango (ed.) *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, 2007.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 37, nota 107. Conforme a Alexy, el que sean derechos a acciones positivas fácticas del Estado equivale a que sean derechos de prestación en sentido estrecho, lo cual pone en duda Arango por lo limitado de tal concepción. Al respecto se pregunta: “¿Por qué los derechos de prestación deberían existir tan sólo frente al estado, más no frente a los particulares?” (37, nota 107). Ver sobre el particular, cap. II, 2.2.

<sup>31</sup> Así lo expresó la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-025 de 2004, en la cual declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno. Una aproximación al problema lo he intentado realizar en mi texto “La doctrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social”, contribución al libro: *Reflexiones Constitucionales: a propósito de las dos décadas de la Constitución de Colombia*. Medellín: Universidad EAFIT – Escuela de Derecho, 2012.

maten, desaparezcan o torturen, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales<sup>32</sup>. Del principio de realización progresiva se deriva la prohibición de retroceso<sup>33</sup>. El déficit en la protección de estos derechos imposibilitará la realización de una democracia constitucional fundada en la garantía a la dignidad, en el respeto del principio de igualdad de oportunidades y en la realización de los derechos como fin del Estado.

Los liberales individualistas radicales defienden una visión minimalista del Estado en virtud de la cual su función es proteger las esferas libres de interferencia ajena representadas en los derechos liberales clásicos, es decir, la libertad negativa (intimidad, libertad de expresión y propiedad privada, por ejemplo). Al contrario, desde el neoconstitucionalismo se sustenta una visión maximalista de la democracia conforme a la cual el Estado en sociedades no bien ordenadas, además de los derechos liberales debe proteger los derechos sociales. La garantía a los derechos sociales es un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la gran parte de la población con sus necesidades básicas insatisfechas.

Aquellos verdaderamente comprometidos con la protección de los derechos de libertad deben reconocer que en sociedades profundamente desiguales, como las latinoamericanas, los derechos sociales deben ampararse de forma tal que resulte efectiva la garantía contenida en ellos. Sólo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres, pero no todos tendrían igual poder, ya que gozarían de una igualdad meramente formal. La igualdad material se consigue a partir de la protección de los derechos sociales que sitúan a las personas en la posición de poder hacer aquello que son libres de hacer. Un trato por parte de los organismos del Estado desentendido de las circunstancias particulares de vida, implicaría hacia una numerosa población una consideración sin atención a la dignidad debido a la desprotección de su libertad ocasionada por la desigualdad material estructural que los sitúa en condiciones de vulnerabilidad. La dignidad en cuanto derecho ha sido desarrollada por parte de la jurisprudencia constitucional respecto de tres dimensiones: “vivir como se quiera”, es decir, que se debe respetar un ámbito de autonomía de la persona como agente moral libre y por ende asegurar el derecho a plantearse un plan de vida y a seguirlo; “vivir bien” con condiciones mínimas sin las cuales no se tiene un grado aceptable de calidad de vida; y “vivir sin humillaciones” para poder mantener la intangibilidad de la integridad física y moral<sup>34</sup>.

El reconocimiento de los derechos sociales requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-251 de 1997.

<sup>33</sup> Christian Cortis (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, Del Puerto – CELS, 2006.

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Constitucional T-881 de 2002.

adecuadas<sup>35</sup>. Por esta razón la Corte Constitucional Colombiana eliminó la separación constitucionalmente consagrada entre derechos fundamentales y derechos sociales. La protección a los derechos sociales procura crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad.

Si bien la Corte Constitucional reconoce que la corrección de las desigualdades sociales debe hacerse a partir de medidas legislativas, tomando en cuenta que está sujeta a apropiaciones presupuestarias, ello no justifica que sea aplazada indefinidamente dicha corrección hasta cuando el Congreso le preste atención al problema. Ante la indiscutida gravedad de la situación de comunidades plurales de personas a las que, como consecuencia de problemas estructurales en la política estatal, se les vulneran de forma masiva, prolongada y reiterada los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños, ¿cuál debe ser el rol apropiado de una institución sin representación popular, que no tiene injerencia directa en la forma en la cual se destina el presupuesto de la nación y que no tiene un rol bien definido ni en la Constitución ni en la ley en el proceso de formación de las políticas públicas?

## V. Construcción jurisprudencial del derecho a un mínimo vital

A partir de la noción de “derecho al mínimo existencial”, propia de la jurisprudencia alemana<sup>36</sup>, se fundamentó en Colombia que la Constitución protege a las personas desfavorecidas, y sin medios de subsistencia, un derecho a que el Estado les asegure una vida digna a partir del cumplimiento de las condiciones materiales esenciales para garantizarles un grado material de subsistencia. Se procura con el derecho fundamental innominado al mínimo vital, es decir, los derechos sociales fundamentales, lograr una igualdad material, “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia”<sup>37</sup>.

La Corte Constitucional ha encontrado, desde la interpretación sistemática de la Constitución y la concepción en virtud de la cual los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr su garantía efectiva, que dentro de la esfera de protección de diversas disposiciones iusfundamentales se encuentran una serie

<sup>35</sup> Norberto Bobbio (ed.) *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

<sup>36</sup> Tanto la Corte Suprema administrativa como el Tribunal Constitucional Federal han respaldado la fundamentación a un derecho al mínimo existencial, respectivamente, en sentencias como BVerwGE 1, 159, 161, y BVerfGE, 125, 175 (222). En esta última decisión, de febrero 9 de 2010, el Tribunal amparó el derecho social a un mínimo existencial.

<sup>37</sup> Sentencia SU-111 de 1997.

de derechos que ha creado en sentencias hito, y que ha continuado su protección en líneas jurisprudenciales consolidadas. Uno de ellos es el mínimo vital<sup>38</sup>. Desde el inicio de su jurisprudencia<sup>39</sup> la Corte ha estructurado una sólida línea jurisprudencial (sub-regla) a partir de la cual ha desarrollado una doctrina que se ha constituido en fuente de derecho en casos donde se ha visto comprometida la garantía de los derechos sociales<sup>40</sup>. Esa sentencia resolvió el caso de un anciano pobre que solicitó la sustitución de la pensión, pero que tras un año sin respuesta debió pedir asilo a familiares que también se hallaban en precarias condiciones económicas. No sólo veía afectada su vida ordinaria por la demora injustificada en la sustitución, sino que debido a la urgencia de realizarse una cirugía ocular debió solicitar a la Corte la protección de sus derechos.

El contenido de tal derecho ha sido determinado por la Corte como “los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario, sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano”<sup>41</sup>. Aunque en Colombia no se consagra un derecho a la subsistencia, este derecho, conforme a la Corte, se entiende como subyacente en la Constitución a partir de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho, y de los derechos a la vida, salud, trabajo y asistencia o seguridad social<sup>42</sup>.

Entre otros, la Corte ha protegido el mínimo vital de sujetos de especial protección, como pensionados, trabajadores, mujeres embarazadas y personas en situación de debilidad manifiesta, tal como por ejemplo en situaciones de mora en el pago y reconocimiento de prestaciones de la seguridad social<sup>43</sup> y salarios<sup>44</sup>, en caso de omitir el pago de la licencia de maternidad o de despido a mujer embarazada<sup>45</sup>, por falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador en el pago de seguro o por negligencia de la entidad prestadora del servicio<sup>46</sup>, y por no proporcionar medicamentos o cubrir tratamientos médicos del Plan Obligatorio de Salud cuando se considera que se amenaza el derecho a la vida<sup>47</sup>.

<sup>38</sup> Los otros son: la dignidad humana, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos considerados de especial protección.

<sup>39</sup> T-426/92.

<sup>40</sup> Rodolfo Arango, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, en: *Revista de derecho público*, No. 12, Universidad de los Andes (junio) Bogotá, 2001; incluido en el cap. 3 de *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Op. cit.

<sup>41</sup> Sentencia T-011 de 1998.

<sup>42</sup> En la primera sentencia sobre el particular, así lo consagró al Corte. Cfr.: T-426 de 1992.

<sup>43</sup> Sentencias T-426 de 1992; T-005 de 1995; T-144 de 1995; T-147 de 1995; T-198 de 1995 y T-202 de 1995.

<sup>44</sup> Sentencias T-146 de 1996, T-166 de 1997, T-529 de 1997 y T-144 de 1999.

<sup>45</sup> Sentencias T-238 de 1998 y T-283 de 1998.

<sup>46</sup> Sentencias SU 562 de 1999 y T-497 de 1997.

<sup>47</sup> Sentencias T-328 de 1998 (sida), T-283 de 1998 (cáncer) y T-597 de 1993 (equipos ortopédicos).



La sentencia T-533 de 1992<sup>48</sup> abrió un camino, que ha sido recorrido por muchas sentencias y gran parte de la doctrina jurídica, relativo a la protección del derecho al mínimo vital. Decidió el caso de un anciano de 69 años en situación de necesidad a causa de la pérdida de su casa por falta de recursos; vivía con penurias con una hija que igualmente lo mantenía y la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) no le había reconocido el pago de su pensión. Un hospital público se negó a realizar la operación por razones presupuestarias. Solicitó mediante tutela la práctica de una intervención quirúrgica que de no realizarse le ocasionaría la ceguera absoluta, y que, claramente, no estaba en capacidad de costear. La tutela se le negó con el argumento del principio democrático de legalidad del gasto. Debido a que la Constitución colombiana reconoce el derecho a la salud expresamente como social y resguarda la protección mediante tutela de los derechos fundamentales, se concebía hasta antes de la sentencia T-760 de 2008 como un derecho programático que requería desarrollo legislativo progresivo. Por esta razón no había fundamento normativo alguno que respaldara la petición.

En revisión la Corte Constitucional revocó la decisión del juez y concedió la tutela. Reconoció un derecho fundamental innominado al mínimo vital sustentando que por encontrarse esta persona en situación de necesidad se hacía acreedor a la protección especial del Estado contenida en el artículo 13 constitucional. El supuesto de hecho del derecho social innominado fue creado argumentativamente con base en las dimensiones de la dignidad humana, en el modelo ideológico del estado social de derecho y en la posibilidad de interpretar sistemáticamente la Constitución. La Corte concibió la doctrina según la cual los derechos sociales son fundamentales y, por tanto, justiciables judicialmente. El derecho al mínimo vital no comprende exclusivamente un factor cuantitativo de subsistencia, sino también un elemento cualitativo que tiene relación con el respeto a la dignidad humana (T-052/11). El mínimo de condiciones materiales necesarias debe proveerlo el Estado en casos determinados y a partir del cumplimiento de ciertas condiciones que permitan construir una dogmática para excluir la posibilidad de amparos arbitrarios que irrespetarían por un lado la seguridad jurídica y por otro el derecho a la igualdad.

En este contexto no es admisible que una consecuencia palmariamente inconstitucional y previsible no sea atendida por cuestiones presupuestales o de competencias institucionales. Afirma Rodolfo Arango: “Si el derecho fundamental a la salud del solicitante no fuese protegido en este caso, tendría éste que aceptar su nueva condición de invidente a consecuencia exclusiva de la pobreza de sus familiares. Esta conclusión no es exigible de una persona que vive bajo una Constitución democrática moderna”<sup>49</sup>.

Conforme a una Constitución como la colombiana, rica en derechos y principios, resulta inadmisibles que alguien deba cargar con las consecuencias de

<sup>48</sup> Citada en las sentencias T-225 de 2005, T-1125 de 2003 y C-237 de 1997.

<sup>49</sup> Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Op. cit., p. 173.

haber tenido la mala suerte de haber nacido prisionero de una extracción social en la cual el déficit en la realización de derechos mínimos son la constante. Se dice en la sentencia: “La unidad normativa de la Constitución y su interpretación sistemática permiten vincular directamente las disposiciones que conforman la llamada “Constitución Económica” (...) con el principio fundamental del Estado social de derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial, los derechos sociales, económicos y culturales (CP arts. 42 a 77). Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas”. La experiencia colombiana sobre la doctrina del mínimo vital es relevante, porque puede constituir uno de los principales aportes del constitucionalismo colombiano a la jurisprudencia y a la academia internacionales sobre la garantía y el desarrollo de los derechos fundamentales en sociedades “no bien ordenadas”<sup>50</sup>, caracterizadas por situaciones estructurales de desigualdad y disfuncionalidad de mecanismos democráticos.

## VI. A manera de conclusión

La consolidación del Estado constitucional y la implementación en América Latina de la fórmula política del Estado social de derecho, constituye una aproximación de las perspectivas dirigente y garantista del constitucionalismo<sup>51</sup>. Este hecho se conceptualizó como el nacimiento del primer verdadero constitucionalismo en América Latina. De la primera perspectiva se retoma la fuerza normativa de la Constitución y la segunda se refleja en el recurso a la Constitución como instrumento de realización de un proyecto de Estado que se propone superar el estado de cosas existente mediante la intervención de los tres poderes en la garantía de la normativa constitucional dogmática.

La paulatina implementación de democracias constitucionales en países por cuyo descontento con la realidad social se promulgaron constituciones políticas aspiracionales, se refleja en la adopción de una posición política conforme a la cual uno de los principales criterios para determinar la legitimidad del poder estatal, es la elevación de la pretensión de garantizar los derechos. En contextos de disociación entre la normativa constitucional garantista y el contexto social estructuralmente desigual, los órganos del Estado tienen la obligación de mejorar las situaciones de igualdad social y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores desfavorecidos. En Colombia este proyecto se elevó a estatus constitucional en 1991 cuando además del reconocimiento al pluralismo político e ideológico, se incluyeron derechos y mecanismos para lograr su realización como camino para conseguir la justicia social y, así, la paz.

<sup>50</sup> Rodolfo Arango, “John Rawls y los derechos constitucionales”, en: Juan José Botero (ed.) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá, Universidad Nacional, 2008, pp. 149 y ss.

<sup>51</sup> Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 1996, p. 130.