

**-IGUALDAD Y PLURALISMO-
HERRAMIENTAS CONSTITUCIONALES PARA UN DESARROLLO
ALTERNATIVO EN COLOMBIA.**

**PRESENTADO POR:
REYES TRUJILLO ESTEBAN**

**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO
BOGOTA D.C. 2003**

**-IGUALDAD Y PLURALISMO-
HERRAMIENTAS CONSTITUCIONALES PARA UN
DESARROLLO ALTERNATIVO EN COLOMBIA**

- INTRODUCCION

**- PRIMER CAPÍTULO
LA CONSTITUCIÓN DE 1991, UNA EXTRAÑA FUSIÓN DE PENSAMIENTOS**

1.1. El Estado Liberal (y sus carencias)

1.2. La legión de la justicia

1.3. El Tiempo de la Postmodernidad

1.4. El proceso de modernización en Colombia y la Constitución de 1991

**- SEGUNDO CAPÍTULO
REDEFINIENDO EL DESARROLLO**

2.1 El discurso del Desarrollo y sus implicaciones negativas para el llamado “Tercer Mundo”¹

2.2 Desarrollo entendido como libertad

2.3 La Constitución Política de 1991 y el Desarrollo

**- TERCER CAPITULO
CONSTITUCIÓN, CORTE CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO**

3.1 Igualitarismo de corte constitucional

3.1.1 Capacidad de sumar y leer

3.1.2 Capacidad de vivir sano

¹ En esta sección se seguirá la investigación del investigador colombiano Arturo Escobar en *La invención del tercer mundo, Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, Bogotá, colección vitral.

3.1.3 Críticas al Estado asistencial

3.1.4 Réplicas del Estado Social

3.2 Postmodernidad de corte constitucional

3.2.1 Homofobia intolerante

3.2.2 La Moral Universal

3.2.3 Diversidad cultural

3.2.4 El Estado postmoderno se queja

CONCLUSIÓN FINAL

BIBLIOGRAFÍA

-IGUALDAD Y PLURALISMO-

HERRAMIENTAS CONSTITUCIONALES PARA UN DESARROLLO ALTERNATIVO EN COLOMBIA

En el devenir de los últimos siglos, una serie de principios comunes ha remojado las creencias del mundo occidental. Principios que nacieron acaso de algún cerebro inquieto y que fueron materializándose en la continua labor de repensarlos. Así, desde las rubicundas tierras europeas, viajaron a otros mundos y fueron a dar a las Américas. Para un pueblo que apenas le abría los ojos a la luz de la razón, las primeras conjeturas del pensamiento formal serían desde entonces verdades sempiternas, verdades inherentes a una Razón que, a su vez, era inherente a su naturaleza humana. Y esas verdades dictaban que el individuo valía más que la comunidad, que la libertad primaba sobre la igualdad, que los bienes materiales podían convertirse en una extensión de los cuerpos humanos y, en esa medida, los frutos, las aguas y hasta las tierras eran sólo de aquellos que primero las tocaran.

Este trabajo hará un estudio de esas premisas occidentales que llegaron a Colombia hace muchos años y que se fueron perpetuando a través del tiempo, forjándose como verdades irrefutables en el imaginario jurídico. Pero intentará también recoger otras propuestas, venidas acaso de otro cerebro inquieto, que

permiten pensar que esas verdades absolutas no son verdades necesarias o que, de serlo, han seguido el curso equivocado. Para esto, el trabajo se limitará a cuestionar dos premisas básicas del liberalismo moderno. La primera, que la libertad se puede alcanzar sin un presupuesto de igualdad; la segunda, que los hombres comparten una naturaleza común.

El proyecto político gestado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estuvo influenciado por estos cuestionamientos. Así surgió una Constitución heterogénea y plural, que recogía los preceptos liberales pero los ampliaba y los enfrentaba con presupuestos igualitarios y postmodernos. El presente trabajo busca hacer un estudio de estas nuevas premisas constitucionales y de la manera como pueden contribuir a una propuesta alternativa de Desarrollo, planteada en el segundo capítulo, que difiere del discurso tradicional, hegemónico y eurocéntrico, creado en la posguerra por los países del primer mundo.

Partiendo de la base de que el discurso tradicional del Desarrollo no ha conseguido la libertad de los pueblos pobres, sino su mayor opresión por parte de las naciones desarrolladas, la propuesta que acá se presenta, y que fue planteada por Amartya Sen hace algunos años, enfoca su interés en la libertad pero exige la satisfacción previa de un tipo de igualdad material para que los individuos y las naciones alcancen la libertad que, se sostiene, es el medio y el

fin mismo del Desarrollo. Habrá entonces Desarrollo, cuando haya una expansión de las libertades individuales de todas las personas, capaz de hacer que todos puedan contar con las capacidades suficientes para alcanzar el proyecto de vida que han tenido razones para valorar. Habrá Desarrollo cuando los hombres dejen de ser receptores pasivos de las dádivas ajenas y se conviertan en forjadores de sus propios destinos.

Este estudio se enfocará en el derecho constitucional y examinará la manera en que la Constitución incluyó algunos proyectos igualitarios y postmodernos, evaluando la forma en que éstos pueden contribuir al Desarrollo de Colombia. Tal labor sería estéril si no se complementara con un estudio de la aplicación práctica de la Constitución, que ha sido la tarea de los jueces constitucionales. Ellos han sido los llamados a aterrizar los diversos preceptos de la Carta, labor que, según lo dirían los representantes del realismo jurídico, ha estado determinada por sus propias orientaciones políticas y morales, pues cuanto más imprecisas sean las normas, mayor la discrecionalidad de quien deba interpretarlas. Por estas razones, se concluirá el trabajo con un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de las garantías pluralistas contenidas en la Carta. Se pretende, con esto, ofrecer ejemplos de la actitud que han asumido los magistrados de la Corte al enfrentarse a las demandas particulares de personas que han encontrado en la Constitución una reivindicación de sus

derechos a acceder a una vida de calidad, y ha ser respetados en sus diferencias. Se pretende, asimismo, estudiar cuáles han sido los aportes del máximo tribunal constitucional al proceso de expansión de libertades reales de los colombianos que, como se ha sostenido, es el proceso de Desarrollo nacional.

Por último, y entendiendo que toda interpretación normativa genera oposiciones, la jurisprudencia de la Corte será contrastada con las opiniones de quienes censuran su labor, pues cuanto más igualitaria y más pluralista ha sido su lectura de la Carta, mayores han sido las objeciones del liberalismo clásico. Este análisis se realizará a la luz de los elementos valorativos desarrollados en los primeros dos capítulos que, dicho sea de paso, y como disculpa previa del autor, pueden haber incurrido en ligerezas en su intento por sintetizar al máximo la historia de las doctrinas comentadas.

Entremos, entonces, en materia.

PRIMER CAPÍTULO

LA CONSTITUCIÓN DE 1991, UNA EXTRAÑA FUSIÓN DE PENSAMIENTOS

La historia política del mundo occidental ha expuesto siempre una tensión, acaso insalvable, entre dos de sus valores más preciosos. Se trata de la libertad y la igualdad, y de la importancia que se le otorgue a cada uno de estos surgirán múltiples posibilidades políticas para la organización de las sociedades humanas. Este capítulo hará un escueto recorrido por la evolución de este conflicto en el pensamiento de los últimos siglos y le añadirá un elemento crítico más reciente, que ya no cuestiona la tensión entre estos dos valores sino el presupuesto de universalidad que se les ha otorgado.

Defensores de todas estas corrientes se encontraron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y lograron imprimir en ella un poco de lo suyo. El resultado: una Constitución Política bastante heterogénea que trata de fusionar múltiples pensamientos, incurriendo naturalmente en inconsistencias, pero que ofrece un valioso marco de posibilidades para replantear los alcances y exigencias de la libertad humana, así como la noción de justicia que ha de regir en Colombia.

1.1. El Estado Liberal (y sus carencias)

Fue una serie de procesos históricos, ocurridos atrás, en la Europa de los siglos XVI y XVII, la que comenzó a rasguñar el terciopelo rojo de la realeza, haciendo que los monarcas salieran a las calles a conocer a sus pueblos. Un poco más allá, en los enormes campos de la gran Europa, señores feudales preguntaban a sus esposas que dónde habían comprado esas telas, que cuándo iban a pasear a la gran urbe, que cómo se utilizaba ese escatilejo (instrumento científico siglo XVI) y que qué era eso de que el Renacimiento venía a liberar a los siervos. Entre tanto, mientras todas estas cosas sucedían, a un grupo de hombres se les ocurrió pensar que había unas leyes anteriores a la existencia misma del hombre, que a través de la razón podrían conocerlas, y que de esas leyes iban a generarse derechos y deberes para todos.

De todo aquello nació el liberalismo. De la erosión del poder real, del resquebrajamiento de las economías feudales, de las innovaciones de la época, pero, especialmente, de la idea de esas personas que habían concebido las obligaciones y las garantías de los hombres como una exigencia anterior al momento en que el hombre mismo fue creado. A partir de ese momento se empezó a decir y a escribir que el poder, cualquiera que éste fuese, tenía que tener limitaciones porque, de lo contrario, estaría violentando los derechos naturales de todo hombre. Así lo pensó por ejemplo Locke, quien le decía a los

hombres que ellos, en sus orígenes, se hallaban en un estado de naturaleza regido por la armonía de la libertad y la justicia, en donde la noble naturaleza les susurraba que *“siendo todos los hombres iguales e independiente, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”*.¹ El Estado liberal se construyó entonces para eso. Para decirle a toda la gente que los pensadores habían visto un grupo de ángeles descendiendo a las tierras a traerles un valor que siempre había sido parte de ellos: la libertad. Para, al mismo tiempo, permitir que algunos amigos en común pudieran comerciar fácilmente unos artefactos que estaban inventando. Para que, de una vez por todas, se terminara con el vergonzoso poder de los proyectos reyes. Y para todo eso, había que convencer primero al pueblo, que despertaba inquieto de su letargo, que cada uno de ellos era un sujeto libre, y que la obligación de forjarse su propio destino era un asunto de cada cual.

De la boca de pensadores e ilustradores se le manifestó a la gente que el poder ya no venía de los reyes, ni de los gobernantes, sino de cada individuo. Algo parecido había dicho Hobbes; que había existido un estado de naturaleza en el que los seres humanos se comportaban como bestias y que para salir de allí fue necesario crear un Leviatán, una bestia mucho mayor, capaz de contener la

¹ John Locke (1632-1705), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, (publicado en 1690) Alianza, Madrid, 1994, cap. II, num. 6. p. 38.

violencia de todos.² Algo parecido había dicho también Locke; que había existido un estado de naturaleza en el que los seres humanos tenían capacidades morales y derechos, pero que para alcanzar el orden habían acordado darle el poder a un gobernante. Algo parecido habían dicho ambos; que el paso de ese estado de naturaleza a un estado siguiente de orden civil requería la celebración de un contrato social entre todos los suscritos, en el que cada uno de ellos se detendría a reflexionar sobre su propia existencia y se daría cuenta de que era capaz de llegar a un acuerdo. Entonces el liberalismo tomó esta idea, o acaso esta idea devino en el liberalismo, pero en todo caso ese ha sido el sello principal desde sus orígenes: que el individuo es un ser autónomo, y que sus intereses se anteponen al interés de la sociedad.

Los hombres vieron entonces que tenían un control sobre las nuevas formas de gobierno y que, mucho más sorprendente aún, los gobernantes seguían sin intrometerse en sus asuntos. Se creó para esto el Estado mínimo y de Derecho. Un Estado que no ejercía muchas funciones y que, decían, estaba regido por las leyes antes que por los hombres. Un Estado mínimo que se subdividía en una serie de órganos autónomos e independientes, pero capaces de controlarse unos a otros. Un Estado de Derecho en el que los derechos naturales que los grandes pensadores habían vislumbrado quedarán consignados en leyes y en papiros y en tratados y en constituciones, para reiterarles diariamente a los hombres que

² Véase: Thomas Hobbes (1588..), *Leviatán*, (publicado en 1651) Tecnos, Madrid, 1987.

ellos eran libres y que ese don los protegía, incluso, del poder de sus gobernantes. Un Estado que, consecuentemente, se limitaría a las funciones esenciales para las cuales había sido creado por las bestias en el estado de naturaleza; para que nadie peleara, para combatir las posibles guerras con otros Leviatanes y para, de ser necesario, construir su propia infraestructura. Un Estado que no sería más el padre de cada ciudadano, porque ellos ya eran libres, y la excesiva benevolencia, decían, constreñiría su libertad moral.

Así se fue estableciendo el modelo liberal en Occidente. En los próximos siglos se extendió a otras regiones y fue dejando tras de sí el encanto de sus palabras y la fascinación por las novedades que había mostrado. Todas sus ideas se llenaron de matices a lo largo de los años, pero su esencia individualista se mantuvo inmutable. Se le aparejó una teoría de la justicia que, tras sostener la falsedad e inutilidad de creer en unos derechos anteriores a las instituciones del gobierno, explicaba que lo justo era aquello que proporcionara la mayor utilidad al mayor número de personas, y que la utilidad se medía por el placer y la ausencia de dolor.³ Se involucró con una compleja ética formal que sostenía que todos los hombres eran igualmente racionales, y que esa razón la utilizarían en beneficio de su progreso individual, para realizar la libertad moral.⁴ Se

³ Se trata de la teoría moral utilitaria, gestada principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) y profundizada por John Stuart Mill (1807-1873).

⁴ Emmanuel Kant (1724-1804) sostuvo que el hombre era moralmente libre, y debía comportarse de manera que sus actos fueran reducibles a una ley de carácter universal. “*Obra*

emparejó, también, con una teoría económica que le decía a los hombres que el trabajo y la acumulación de riquezas eran virtudes, por lo que todos los individuos eran libres para ejercer actividades mercantiles y el Estado no era más que una organización creada para proteger la propiedad.⁵ Y se complementó, por último, con los aportes de un grupo de filósofos ilustrados que promulgaban el espíritu de la libertad y defendían el valor de la propiedad, señalando que era natural que algunos hombres tuvieran muchos bienes, mientras que otros carecieran por completo de ellos.⁶ Todas estas ideas forjaron y completaron el ideal liberal, y así llegó a América, trayendo consigo los impulsos creativos que lo acompañaban, las tecnologías nacientes, las fórmulas para aumentar la producción. En los siguientes siglos se extendió a lo largo del continente, fundando la idea de que los gobiernos estaban limitados, de que los hombres eran libres. Más tarde, hace poco tiempo, parte de ellas fueron recogidas, parte ampliadas, y un norteamericano le publicó un tratado a los gobernantes anglosajones relatándoles la doctrina libertaria.⁷ Según él, los

como si la máxima de tu acción se fuese a convertir por tu voluntad en ley natural universal" en: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 171.

⁵ Así lo dijo Adam Smith (1723-1790). "El gobierno civil, en la medida en que está instituido para defender la propiedad, en realidad está instituido para defender al rico contra el pobre, o a los que tienen alguna propiedad contra los que no tienen ninguna". Cita tomada de Gerardo Molina, *Breviario de ideas políticas*, Ediciones tercer mundo, p. 41.

⁶ Voltaire (1694-1778) "La raza humana, tal como está, no puede subsistir si no existe una infinidad de hombres útiles que no poseen absolutamente nada: pues es cierto que un hombre prospero no abandonará su propia tierra por ir a labrar la vuestra; y si tenéis necesidad de un par de zapatos no será el secretario del Consejo Privado el que os los va a hacer. La igualdad es, a la vez la cosa más natural y la más fantástica". *Diccionario filosófico*, citado por Gerardo Molina, *Ibidem*. p. 47.

⁷ Robert Nozick (1938-2002), *Anarquía, Estado y Utopía*, (publicado en 1974), Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

llamados derechos naturales no eran sino tres: propiedad, libertad para manejarla y vida para disfrutarla. Más que derechos eran títulos y, como tales, no podían ser controlados ni siquiera por el mismo Estado. Y no se trataba tanto de condenar la pena de muerte como de decirle a los estados que la intromisión en los capitales privados, cualquiera fuera el fin que argumentaran, vulneraba el sagrado derecho a la propiedad individual. Estos tres derechos son de igual categoría -decía Nozick- usurpar los bienes es casi tan grave como obligar la transferencia de órganos humanos.⁸

A lo largo de la historia del liberalismo, la tensión entre libertad e igualdad ha sido una constante. La tendencia mayoritaria, en todo caso, ha sido la de aceptar y hasta exigir las desigualdades sociales como requisito para la realización de la libertad, y dar un respaldo exclusivo a la igualdad legal.⁹ Contra esta postura se levantaron numerosas críticas de movimientos que pregonaban por una reivindicación del derecho a la igualdad, bien fuera a través de un desprecio

⁸ Este argumento sigue al de Locke, según el cual, siendo la vida un derecho natural, la propiedad también debe serlo, porque hay ciertas cosas que son indispensables para la propia subsistencia. De otra parte, los bienes se unen a sus propietarios a través del trabajo que estos realizan para adquirirlos. *“El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos [se refiere al individuo] podemos decir que son suyos. Cualquiera cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres”*. John Locke. op. cit., Cap. V. n. 27, p, 56.

⁹ El objetivo último de la igualdad liberal era, según Guido de Ruggiero, *“consagrar, y no anular, las diferencias existentes entre los individuos: los hombres deben ser libres respecto a sus derechos e iguales sólo ante la ley. El reconocimiento explícito de las diferencias económicas y sociales motiva la identidad de los hombres ante la ley”*. Guido de Ruggiero, *The history of European Liberalism*, Oxford, 1927, p. 352.

absoluto por las instituciones liberales, bien proponiendo una manera de armonizar los principios liberales con las exigencias igualitaristas. El siguiente numeral hará un sucinto estudio de estos últimos movimientos.

De otra parte, el liberalismo clásico ha estado sujeto a importantes réplicas provenientes del movimiento postmodernista. Desde esta perspectiva, la pretensión universalizante de la modernidad, que hace parte esencial de la doctrina liberal, estaría equivocada porque desconoce la variedad inescrutable de los seres humanos y profiere un discurso totalizante que perpetua la opresión e imposibilita la libertad. Estas críticas serán comentadas en el numeral 1.3.

1.2. La legión de la justicia

Para todos era visible que el Estado les estaba permitiendo elegir sus destinos, que había libertad para expresarse, que el comercio libre generaba ganancias, que la iglesia ya no disponía de sus propiedades. Para todos era claro que las interferencias ajenas en sus vidas parecían desaparecer. Y, sin embargo, muchos sintieron que esa libertad no era tan real, que a fuerza de venerarla se había llegado a sostener que era natural que un hombre tuviera más libertades que otro, y esa idea parecía contradecir la máxima esgrimida por el mismo

liberalismo, según la cual todos los hombres eran “iguales en la libertad”.¹⁰ A fuerza de defender la libertad, habían olvidado el valor de la igualdad, sin notar que esto, al mismo tiempo, impedía la misma libertad. Los ideólogos del socialismo ya se habían apresurado a decir que había que transformar el modelo político imperante, que era necesario empezar por suprimir el derecho natural a la propiedad, que un grupo de ángeles había bajado a la tierra a traerles el valor de la igualdad. Pero ante al fracaso práctico del socialismo se empezó a gestar la idea de que el liberalismo podía funcionar, que había en él muchas cosas que, de hecho, funcionaban, pero que era preciso introducirle una serie de ajustes para darle cabida a la igualdad.

John Rawls planteó entonces un nuevo modelo.¹¹ Se devolvió a los orígenes del liberalismo y recogió la herramienta argumentativa del contractualismo. Esta vez el contrato no se asumía como real, era una simple hipótesis para imaginar cuál sería el Estado que los hombres construirían, si todo hombre pudiera decidirlo racionalmente en una situación de igualdad y libertad, bajo un velo de ignorancia que no le permitiera saber cuál iría a ser su papel a desempeñar en el escenario que iba a crear. De aquí derivó Rawls dos principios de Justicia que,

¹⁰ “La única forma de igualdad que no sólo es compatible con la libertad tal como es entendida por la doctrina liberal, sino que incluso es exigida por ella, es la igualdad en la libertad” Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de cultura económica, México, 1989, p. 41.

¹¹ John Rawls (1921-2002), *Teoría de la Justicia*, (publicada en 1971) Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Nozick se refirió a la importancia del trabajo de Rawls en los

como emanación de un juicio imparcial, quiso presentar a los liberales para demostrarles que no era cierto eso que ellos habían llegado a afirmar de que la justicia era una ficción socialmente útil. Dos principios que vendrían a reprocharles, a estos mismos, que disfrutar con las privaciones ajenas no podía ser tenido como un bien. El primero de ellos exigía que todas las personas tuvieran una porción igual de libertades y de derechos. El segundo permitía que se introdujeran desigualdades, siempre que todas las personas estuvieran en una posición de igualdad para acceder a sus beneficios, y beneficiaran mayormente a las personas más desaventajadas. La idea se abrió a críticas y no faltaron las objeciones. De cualquier manera, se presentó como una bofetada contra el liberalismo imperante, que había llegado a defender la irrelevancia de la igualdad.

Desde ese momento empezaron a proliferar con fuerza las doctrinas igualitarias, que buscaban una reivindicación del derecho a la igualdad, pero que seguían admirando las virtudes del liberalismo. Ya Rawls se había encargado de reformular el liberalismo como aquella doctrina que le permitía a los individuos definir su propio concepto del bien y perseguirlo, para contraponerlo a las doctrinas que construyen un Estado cuya misión es garantizar la consecución de

siguientes términos: *“hoy los filósofos de la política, o deben trabajar dentro de la teoría de Rawls, o bien explicar por qué no lo hacen”*. Nozick, op. cit.

un bien previamente establecido.¹² Ya se había logrado desvincular al utilitarismo, y sus potenciales implicaciones desigualitarias, de la esencia misma del liberalismo. Ya se había afirmado que si no se satisfacían ciertas condiciones básicas de bienestar y no se proporcionaban recursos y oportunidades, no se podía pretender seriamente que el Estado estuviera garantizando la libertad.¹³

La discusión se filtró por completo en el ámbito académico norteamericano, y desde ahí se difundió a las democracias liberales de todo el continente. Su principal consigna era que esas “condiciones básicas iguales para todos”, que todas las Constituciones pretendían asegurar, eran en la práctica mucho menos “iguales” de lo que se pensaba.¹⁴ Y esto animó a muchos grupos, que parecían despertar de una opresión prolongada, a salir a las calles y protestar por la discriminación de que habían venido siendo víctimas. En un estado de opresión semejante –afirmaban– es totalmente ilusorio hablar de libertad. Y así, las mujeres, las comunidades negras, las minorías étnicas, las agrupaciones de homosexuales, los representantes de los niños, los pobres, los inmigrantes y

¹² Como el utilitarismo, que persigue la maximización del placer; el marxismo, que busca hacer a los hombres realmente humanos o las teorías aristotélicas que sostienen que el propósito del Estado es educar a las personas para que lleven una vida virtuosa. Véase: John Rawls, “Social Unity and Primary Goods”, en *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

¹³ Tal es, según Christine Korsgaard, la idea que subyace a lo que Rawls llama “*el mérito de la libertad*”. Véase “Comentario a ‘¿Igualdad de qué?’ y a ‘Capacidad y bienestar’”, en *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.p. 84-93.

algunos otros grupos oprimidos, le dieron un nuevo impulso a sus discursos emancipadores y comenzaron a cuestionar los fundamentos teóricos de la democracia liberal, argumentando que sus intereses, por ser marginales o por carecer de representación política, estaban siendo relegados frente a los intereses de las clases mayoritarias, que contaban con una bancada mayoritaria en los órganos de decisión política. Pero el problema no se limitaba a la estructura democrática, el problema venía desde la misma concepción liberalista, que en su afán por priorizar el derecho a la libertad de todos había terminado por hacer ilusorio este mismo derecho, pues ¿qué libertad podía tener una persona si no tenía ninguna oportunidad para vivir la vida que deseaba?, ¿qué tipo de libertad podía llevar a un hombre a su perfeccionamiento moral, cuando ese hombre había perdido la confianza en sí mismo, la salud o la independencia?¹⁵

El tema de la desigualdad entró en furor. Las diferentes agrupaciones empezaron a luchar por la reivindicación de sus derechos, por tener una cuota de participación real que les permitiera realizarse como iguales en un mundo de

¹⁴ Así lo plantea Roberto Gargarella, en *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, Introducción, p.13.

¹⁵ Christine Korsgaard sostiene que hay dos razones que explican porqué las personas que carecen de dinero, trabajo, atención médica, vivienda o educación no son libres: “*La primera es su disminuida capacidad para formular y tratar de alcanzar algún concepto del bien. La segunda es de igual importancia: una persona que carece de estos bienes básicos esta sujeta a la intimidación de los ricos y los poderosos, en especial si otros dependen de ella*”. Korsgaard, op. cit., p. 90.

mayorías opresoras.¹⁶ Entre tanto, los académicos –a veces concientes de estas demandas de justicia, a veces generándolas ellos mismos- fueron confeccionando lo que se vino a llamar el liberalismo igualitario, para incluir dentro de la doctrina liberal una serie de remedios que enmendaran la situación desventajosa de estos grupos minoritarios.

Para introducir el argumento igualitario, según el cual la igualdad debía ser para todos y en todo, había que superar la concepción restringida del liberalismo que, aún cuando reconocía lo primero, anulaba lo segundo. Es decir, garantizaba la igualdad de todos, pero la limitaba a unas cuantas cosas. Los hombres del liberalismo eran todos iguales en sus derechos naturales y, aun más, en el tratamiento dado por las leyes que los regían, pero eso no implicaba que debieran ser iguales en las demás esferas. Era perfectamente acorde con el pensamiento liberal que un hombre acumulara toda la riqueza de un pueblo, y los demás murieran de inanición. Ciertamente, las libertades económicas que defendía el liberalismo habían dado origen a las enormes desigualdades sociales del mundo capitalista. El pensamiento igualitario vino entonces a cuestionar eso, y a defender una igualdad amplia que cobijara a todos y que se extendiera a

¹⁶ Colombia, por supuesto, no ha sido ajena a estas luchas, que en los últimos años han encontrado en la jurisdicción constitucional una arena adecuada para su realización. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha resuelto demandas de feministas que exigían una distribución equitativa de los cargos públicos, de homosexuales que reclamaban su derecho a consolidar familias, de indígenas que demandaban cuotas de participación para defender sus intereses y de poblaciones en situación de pobreza que comenzaron a exigir una solución estatal a sus necesidades, entre otros ejemplos.

todos los ámbitos. Marx comenzó por atacar el liberalismo capitalista, diciendo que esa supuesta igualdad jurídica no era más que una entelequia para liberar y hacer disponible la fuerza de trabajo que el capitalismo empezaba a demandar, bajo la ficción de que los hombres habían suscrito voluntariamente un contrato.¹⁷ Indignado, sostuvo que la igualdad política sólo nacería de la igualdad económica, y planteó un ideal comunista en el que todos serían iguales en todo. Su propuesta fracasó, acaso por exceso de idealismo, acaso por las condiciones históricas del momento y el lugar en que se trató de implementar, pero en todo caso dejó trazado el sendero que años después vendrían a transitar los ideólogos del liberalismo igualitario.

Fueron muchos los problemas que tuvo que afrontar esta doctrina. Había que empezar por delimitar los ámbitos de igualdad, pues el ideal abstracto de igualdad en todo, además de utópico, socavaría la variedad natural de los caracteres y arrojaría una homogenización infecunda. El igualitarismo se inclinó entonces por la igualdad sustancial; igualdad en los bienes materiales. Habría que equiparar las desigualdades de los individuos con respecto a la comunidad, habría que imponer una serie de derechos y obligaciones dirigidos a enmendar las situaciones desiguales, habría que decidir cuáles eran aquellos bienes respecto de los cuales todos los hombres deberían ser iguales, habría que establecer la manera cómo debía hacerse la distribución de estos bienes, pero,

¹⁷ Véase: Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 91.

para todo ello, habría que comenzar por definir cuál era el criterio de justicia más igualitario para la distribución de los bienes. Es decir, cuál era esa condición de los hombres en virtud de la cual deberían recibir una cantidad determinada de bienes, que se ajustara mejor al ideal de igualdad. ¿Un hombre debería recibir más que otro cuanto mayor era su mérito?, o ¿entre más fuerte una persona mayor su porción de bienes?. El igualitarismo ha tendido a inclinarse por la fórmula marxista “A cada uno según sus necesidades”, al considerar que en sus necesidades es en lo que más se asemejan los seres humanos.¹⁸

Al mismo tiempo que los académicos y teóricos discutían entre sí los alcances y las características de la igualdad, algunos estrategas cavilaban la manera de hacerle entender a los liberalistas que las posiciones de ambos grupos no eran antitéticas, y que sí era posible construir un Estado liberal de corte igualitario en el que los ángeles de la libertad revolotearan con los de la igualdad. Para esto, empezaron por sostener que la defensa de los derechos colectivos no sólo era consistente con los ideales liberales, sino que era necesaria para la satisfacción de los derechos individuales contemplados por aquel. Acto seguido

¹⁸ Norberto Bobbio sostiene que un principio de justicia es tanto más igualitario, cuanto mayor sea la semejanza entre los hombres con relación al criterio de justicia contenido en la fórmula “A cada uno según ...”. En ese sentido, afirma que el criterio marxista de las necesidades es, entre todos, el más igualitario, *“porque se cree que los hombres son más iguales entre sí (o menos diversos) respecto de las necesidades que no, por ejemplo, respecto de las capacidades”* Norberto Bobbio, *Ibidem*, p. 82.

agregaron que el ideal igualitarista estaba en armonía con la concepción individualista de la sociedad, y que al otorgarle una protección especial a ciertos grupos lo que se buscaba era garantizar los derechos de los individuos pertenecientes a estos.¹⁹

De todo esto surgió el liberalismo igualitario, una doctrina que se diferenciaba del liberalismo clásico por tres premisas fundamentales:²⁰ la manera en que cada corriente evaluaba la distribución inicial de recursos en una sociedad, la importancia que le reconocían a la libertad “positiva” y la posición en torno a la formación de las preferencias individuales. Primero, se señalaba que la asignación de recursos sujeta a las fuerzas de un mercado eficiente no era justa, pues estaba determinada por unas contingencias iniciales que escapaban al control de las personas, por lo que estas no debían verse perjudicadas o beneficiadas por unos hechos de los que no eran responsables. En consecuencia, había que actuar correctivamente sobre la distribución inicial de los recursos. Segundo, se decía que las libertades no sólo se veían vulneradas por las acciones de otros, sino también por las omisiones. Esto implicaba darle una mayor relevancia a la libertad positiva, que hace referencia a la posibilidad que

¹⁹ Así lo dijeron, por ejemplo, Will Kymlicka (*Multicultural citizenship: A liberal theory of minority rights*) y Ronald Dworkin (*A Matter of Principle*). Este último argumento pretendía desvincular al igualitarismo de las doctrinas colectivistas que rebatían los presupuestos individualistas del liberalismo, argumentando que la sociedad era superior a los individuos. Véase: Roberto Gargarella, *Derecho y Grupos Desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 19.

tiene cada persona de autodeterminarse, “*de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros*”, por encima de la libertad negativa, que se define como “*la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos*”.²¹ Es decir, el liberalismo igualitario reconocía la capacidad de los individuos para autodeterminarse, y consideraba que para ello no bastaba con impedir que se les prohibiera hacer las cosas, ni con evitar que fuesen constreñidos a realizarlas, sino que había que ejercer una serie de conductas activas, como la provisión de unos bienes básicos, para que los hombres pudiesen ejercer sus libertades. Por último, los liberalistas igualitarios se alejaban de la corriente clásica al considerar que las elecciones de las personas no podían reputarse como autónomas, en tanto que sus preferencias no venían predeterminadas sino que se moldeaban de acuerdo a una serie de factores endógenos, como la falta de información o la debilidad de la voluntad. En consecuencia, respaldaban el foro público como el escenario adecuado para la formación de las preferencias autónomas, antes que la institución del mercado como escenario para la libre escogencia.

²⁰ Véase: Roberto Gargarella, “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en: *Constitución, Derechos de los grupos desaventajados y políticas públicas en Colombia*, Uniandes, Bogotá, Septiembre 3, 4 y 5 de 2001, p.p. 358-361.

²¹ Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, op. cit., p. 97 y 100.

Sin estar ajeno a todas estas discusiones, Amartya Sen salió a recorrer el camino trazado por los igualitarios, cuestionando los fundamentos del liberalismo clásico y denunciando las perversiones que había engendrado en el mundo, aunque revaluó el concepto de igualdad, considerando que el énfasis no debía recaer sobre la igualdad material sino sobre la igualdad en el bienestar. Los hombres –adujo– han de ser iguales en su bienestar, y su bienestar está dado por los elementos que conforman una vida de calidad. Entonces Sen se remontó a la distinción medieval entre “paciente” y “agente”, y exclamó agudamente que todo individuo debía ser lo segundo, una “*persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos*”;²² y que no se podía seguir manteniendo una sociedad de pacientes, de siervos indiferentes que esperan pasivamente recibir las prestaciones que otros les concedan. Pero para esto el hombre debía ser realmente libre – continuó impetrando– libre para acceder a un conjunto de capacidades y elegir entre ellas los elementos necesarios para realizar el tipo de vida que más valore. El bienestar, entonces, era eso; era la condición misma de la persona, y para evaluarlo había que recabar en los elementos constitutivos de su ser, en sus funcionamientos,²³ que podían ir desde cuestiones básicas como la posibilidad

²² Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, Bogotá, 2000, p.35.

²³ “*Los funcionamientos representan partes del estado de una persona: en particular, las cosas que logra hacer o ser al vivir*”, por su parte, la “capacidad” se refiere a la libertad fundamental para conseguir las diversas combinaciones de funcionamientos que la persona pueda valorar. Amartya Sen, “Capacidad y Bienestar”, en *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 55.

de alimentarse, tener movilidad, salud y una buena vivienda hasta cuestiones más complejas, como alcanzar la felicidad, tener una alta autoestima o, retomando a Adam Smith, *“la capacidad para aparecer en público sin sonrojarse”*.²⁴

Sen, proveniente de la India, explicó su teoría a la luz de una parábola.²⁵ Annapurna está buscando a alguien para que arregle su jardín. Tres mujeres desempleadas acuden, pero ella tiene que elegir a una sola. En principio, cualquiera de ellas puede desempeñar la misma labor por el mismo salario, y no hay nada que incline sus preferencias por alguna en particular. Por lo tanto decide interrogarlas para adquirir una mayor información que le permita realizar mejor la escogencia. Con esto, se entera de que, aunque todas son pobres, Dinu es la más pobre de todas. De otra parte, Bishanno ha perdido recientemente su fortuna y eso la tiene profundamente deprimida, mientras que Rogini padece de una enfermedad crónica que, aunque lleva con alto estoicismo (acostumbrada ya a las privaciones), podría curar con el dinero que obtendría de

²⁴ *“Por necesidades entiendo no sólo los bienes que son indispensables para vivir, sino también cualesquiera otros que, según las costumbres del país, sería indecoroso que no tuvieran las personas respetables, incluidas las de clase inferior. Por ejemplo, una camisa de lino no es, estrictamente hablando, necesaria para vivir. Los griegos y los romanos vivían, supongo, cómodamente y no tenían lino. Pero hoy día, en la mayor parte de Europa, un jornalero respetable se sonrojaría si tuviera que aparecer en público sin una camisa de lino, cuya carencia se entendería como ese vergonzoso grado de pobreza en el que se supone que nadie puede caer si no es a causa de una conducta disipada. La costumbre también ha hecho de los zapatos de cuero algo necesario para vivir en Gran Bretaña. A la persona respetable más pobre de cualquier sexo le daría vergüenza aparecer en público sin ellos”*. Adam Smith,

aquel trabajo. Annapurna se pregunta entonces qué debe hacer, ayudar a Dinu a salir de la miseria, evitar la tristeza de Bishanno o mejorar la calidad de vida de Rogini.

Hasta ahí la parábola. De una parte expone la manera en que la información puede alterar la toma de decisiones, ilustrando el argumento igualitario que denunciaba la subordinación de las preferencias a la información existente, y la consecuente falta de autonomía en las decisiones individuales. Es claro que si Annapurna sólo conociera la información relativa a una de las tres mujeres, la escogería a ella para la labor. Pero Sen lleva este argumento un poco más lejos y utiliza lo que llama las “bases de información” para sustentar las principales diferencias en los enfoques éticos imperantes en la literatura económica, cada uno de los cuales tiene un criterio diferente en torno a la información que debe ser incluida y, lo que no es menos importante, la información que debe ser excluida para realizar un juicio de valor que conduzca a la elección más justa. El enfoque utilitarista –razona Sen- tiene tres componentes esenciales: la importancia que le otorga a las consecuencias, la primacía que le confiere al bienestar (entendido como una característica mental de las personas; el placer o la felicidad) y la “ordenación basada en la suma”. Todo esto significa que el enfoque utilitarista valora más aquella elección en la que la suma total de

Wealth of Nations, volumen 2, libro 5, capítulo 2. 1776. Citado por Sen en *Desarrollo y Libertad*, p. 98.

utilidades generadas sea mayor. Por tanto, la base de información centraría su atención en las cuestiones que tienen que ver con el bienestar de los individuos, entendido en términos de felicidad, y las consecuencias que en este ámbito produciría la decisión. De modo pues que Bishanno, la más desdichada de las tres mujeres, sería la candidata escogida por Jeremy Bentham²⁶ para trabajar el jardín de Annapurna, en tanto que dicha elección sería la que reportaría un mayor incremento en la suma total de utilidades. El enfoque igualitario de John Rawls –continúa Sen– centra su atención en la los derechos y en las oportunidades reales de los individuos, estando su base de información enfocada hacia lo que él llamó “bienes sociales primarios”.²⁷ En este esquema, Dinu sería la candidata seleccionada, en consideración a que su nivel de renta es el más bajo, por lo que su canasta de bienes primarios es inferior, en detrimento de sus derechos y libertades. Sen lleva este argumento al extremo, a la luz de la perspectiva libertaria de Nozick. En dicho enfoque, la prioridad de la libertad es absoluta, y los derechos económicos de los individuos no pueden verse limitados por razonamientos de orden práctico que tomen en consideración las consecuencias. Su base de información es altamente restringida, deja de lado, incluso, los elementos que permiten anticipar las

²⁵ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, op. cit, capítulo 3, p.p. 76-113.

²⁶ O, posteriormente, por John Stuart Mill, William Stanley Jevons, Henry Sidwick, Francis Edgeworth y A.C. Pigou: economistas que han profundizado en la doctrina utilitarista.

²⁷ “*Los bienes sociales primarios, presentados en amplias categorías, son derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingresos y riqueza*”. Posteriormente incluye “el sentido del

posibles consecuencias de la decisión, y de esta manera, se avalaría una elección que produjera una hambruna generalizada si, con ella, no se estuvieran violando los derechos libertarios de ninguno.

¿Qué pasa entonces con Rogini? ¿Acaso la posibilidad de evitarle el sufrimiento que le causa su enfermedad (incluso cuando en términos utilitaristas ese incremento del bienestar no tenga mayor relevancia, en consideración a que esta mujer está acostumbrada al dolor y ha incorporado a su vida el sufrimiento) y la posibilidad de evitar su muerte inminente deben ceder ante las circunstancias de pobreza o de infelicidad de otras mujeres?. Sen responde que no, que el bienestar es una cuestión mucho más amplia que la mera felicidad o que la provisión de recursos, y que la información que se debe valorar al hacer un análisis de este tipo es aquella que centre la atención “*en la capacidad de los individuos para elegir la vida que tienen razones para valorar*”.²⁸ El enfoque utilitarista es indiferente por la distribución y por aquellos derechos y libertades que no reporten utilidad, además de que su medida del bienestar individual es muy restringida y no permite hacer comparaciones interpersonales del mismo. El utilitarismo desconoce que el bienestar individual puede estar altamente condicionado por la adaptación psicológica a las privaciones persistentes y que, en esa medida, sus herramientas

propio valer”, como otro bien social primario de gran importancia. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, op. cit., p.95.

para calcularlo son muy precarias. La teoría de Rawls, por su parte, le da una prioridad muy elevada a la libertad (sin llegar al extremo absolutista de los libertarios), pero peca por dejar de tener en cuenta otros elementos fundamentales. Incluso cuando intenta expresamente extender su análisis de bienestar a una serie de bienes primarios, éste sigue circunscrito a la renta, y no repara en la vida real de los individuos y en la manera en que el bienestar producido por esos bienes puede variar copiosamente entre persona y persona.

Amartya Sen recorre entonces el camino trazado por el liberalismo igualitario y desde ahí lanza una nueva teoría de la justicia, en la que todos los hombres deben ser iguales en su calidad de vida, esto es, en la amplitud de sus libertades para escoger las cosas que valoran y utilizarlas para alcanzar los objetivos que se han trazado. Surgen, sin embargo, dos problemas: ¿Cómo medir la calidad de vida de los individuos? y ¿Cuáles de todas esas cosas que los hombres pueden valorar se deben garantizar en términos igualitarios? La primera pregunta tiene un carácter más técnico y tanto Sen como otros teóricos se han encargado de diseñar procedimientos de evaluación en este sentido.²⁹ La segunda pregunta,

²⁸ Amartya Sen, *Desarrollo y Libertad*, op. cit., p. 86.

²⁹ Robert Erikson recoge algunos trabajos científicos que se realizaron en Suecia (1968, 1974 y 1981) para evaluar el nivel de vida de los ciudadanos. Para estos estudios se tomaron en cuenta temas como el acceso a la salud y al empleo, la educación, recreación y vivienda, la familia y la seguridad. Los estudios demostraban las distintas capacidades de los individuos de acuerdo con criterios como la edad, la clase social, el sexo y el tipo de comunidad al que pertenecían. Véase: Robert Erikson, "Descripciones de la desigualdad: El enfoque sueco de la investigación sobre el bienestar", en *Calidad de Vida*, op. cit. Primera Parte, capítulo III. Por su parte, Eric Allardt recoge unos estudios similares que se realizaron en los países escandinavos, resaltando la

en cambio, tiene una relevancia política enorme. Implica una decisión en torno a cuáles son las garantías sociales que el Estado debe proporcionar a todos los ciudadanos. Sen no da una respuesta absoluta a esta pregunta, por cuanto considera que la valoración que los individuos hacen de las ventajas de los distintos funcionamientos es muy variable, pero propone que se haga una distinción de los “funcionamientos importantes” y sostiene que en los países con las economías menos avanzadas es claro que existen unas prioridades en materia, por ejemplo, de mortalidad, salud y nutrición, por lo que se le debe garantizar a todo ciudadano la capacidad básica para satisfacer estas necesidades. Queda, en todo caso, un camino interesante para trazar en la elaboración de políticas públicas: reconociendo que los funcionamientos son diferentes en cada individuo, crear mecanismos para ampliar al máximo las capacidades de todos, asumiendo a las personas como agentes activos del cambio, que usarán en provecho propio y de la comunidad las capacidades que logren adquirir.

Aunque este ideal se enmarca dentro de los parámetros liberales, no es casual que se asemeje profundamente al ideal de sociedad socialista que se le ha atribuido a Marx: *“una sociedad socialista será, entre otras cosas, una*

presencia de indicadores objetivos para medir cuestiones como la vivienda, la calidad del aire o los niveles de violencia; e indicadores subjetivos para medir los sentimientos de las personas con respecto a sus condiciones de vida, a sus relaciones sociales o a sus desarrollos personales.

comunidad que aliente la realización de las capacidades humanas de elección, autonomía y creatividad intencionada, de manera que las personas no solo estén al mando de su propio entorno sino que sean de hecho responsables por su existencia social e individual".³⁰

1.3. El Tiempo de la Postmodernidad

Todos estos tiempos descritos fluían en el torrente de la modernidad. El liberalismo y la llamada sociedad moderna se alimentaban mutuamente y en sus aguas se sumergían los individuos para dejar andar sus intelectos. Allá, en las orillas de ese caudaloso río, notaban con asombro que les habían otorgado la libertad, que ya todos eran como ese mismo río que seguía su propio curso sin que nada ni nadie se lo impidiera. Atrás había que dejar las acciones colectivas, atrás la repetición irreflexiva de tradiciones, atrás la creencia ciega en una fe impuesta. Había llegado el tiempo de las ideas autónomas, ahora cada individuo podría, por cuenta propia, gestarse su mundo, definir su destino y atar a su propia razón el conjunto posible de sus acciones para escoger solamente aquellas que reportasen el mayor beneficio. ¡Había llegado el tiempo de la modernidad!

Véase: "Tener, amar, ser: una alternativa al modelo sueco de investigación sobre el bienestar" en Calidad de Vida, op. cit. Primera Parte, capítulo IV.

Con el sombrero de copa de los mercados y la industria, con el traje político del pensamiento ilustrado, la modernidad venía a proclamar la universalidad de la razón y el absoluto de sus verdades. Bienvenida sería toda conducta con arreglo a fines que pudiera ser aplicada de manera general, sin entrar en contradicciones internas.³¹ Bienvenidas las acciones de los hombres que acogieran la lógica de la modernidad. Bienvenido el liberalismo, en tanto se ajustara a los mandatos universales de la razón.

La doctrina liberal había nacido para exaltar al individuo libre y, al abrir sus brazos a la libertad, buscaba reproducir la originalidad y la diversidad, buscaba engendrar una sociedad heterogénea, compuesta por hombres libres, más libres incluso que ese río que corre sin interferencias, porque esta vez serían ellos, los hombres, quienes trazarían el curso de sus propios destinos. El pensamiento liberal había elogiado desde sus orígenes “la fecundidad del antagonismo”;³³

³⁰ Así define Tom Campbell la sociedad socialista propuesta por el marxismo. Véase: *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*. Gedisa, Barcelona, 2002, Capítulo 8 (“La justicia como crítica: Marx y la explotación”) p. 200.

³¹ Así describe Max Weber (1864-1920) las acciones racionales en la sociedad moderna. Max Weber, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 64.

³³ Así llama Bobbio, al dar cuenta de que el liberalismo respaldaba el contraste entre individuos y grupos en competencia, para sellar su diferencia con el organicismo, en el que las partes se subordinaban al todo dando origen a la armonía y la concordia social. Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, op. cit., Capítulo V.

había afirmado que el conflicto que surge de la variedad de los caracteres individuales era una condición necesaria del progreso técnico y moral de la humanidad. Pero el espíritu moderno lo llevó a darle un alcance único y universal a la razón, lo llevó a acoger ese imperativo categórico que ordenaba a los hombres actuar de manera coherente con la lógica de la razón humana y que, al elevar la razón a un carácter universal, decidía que las diferencias culturales y sociales no eran más que cuestiones anecdóticas. Pero el escenario de la razón compartida se tornó en contra de la propia ideología liberal y su interés por emular la verdadera razón lo llevó a ser todo lo que no era. El culto de la libertad adquirió visos totalitarios y las nociones universales de libertad y racionalidad condujeron a la eliminación de esa diversidad que tanto había emulado. Las desviaciones de la razón universal había que perseguirlas y para ello la modernidad surtió al liberalismo de armas eficientes: un sistema educativo que canalizara los comportamientos, unos medios de comunicación que moldearan las conductas de las masas, unos métodos de trabajo que excluyeran a los que no compartieran su racionalidad, unos centros psiquiátricos que apaciguaran los cerebros de quienes no encajaban en esa racionalidad única que el sistema universal de la razón aceptaba como cierto.³⁴

³⁴ Para un estudio completo de los instrumentos con que la modernidad vigilaba los comportamientos humanos y castigaba cualquier desviación véase: Michel Foucault (1926-1984), *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno editores, México, 1976.

De la denuncia de todo esto surgió el postmodernismo. Fernando de Trazegnies lo define como un “*desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno*”³⁵. El postmodernismo vino a desconfiar de la razón como instrumento homogeneizante de la sociedad y a proponer la búsqueda de un orden social diferente, no lineal, dinámico, respetuoso de la razón como algo que puede ser incomprensible, diverso, azaroso. El postmodernismo vino entonces a reivindicar la diversidad y el pluralismo. Y su crítica llegó a todos los campos, irrumpiendo prontamente en las ciencias del Derecho. Porque la estructura coercitiva de los estados había contribuido a sofocar la diversidad, a condenar lo diferente, a despreciar las tradiciones y las costumbres. Porque el ideal político del liberalismo se había tornado en un discurso totalitario. Porque el Derecho le cerraba los ojos a la diversidad étnica y cultural, dejando por fuera de su pretendida justicia a las comunidades que no compartieran la cosmogonía de la razón.³⁶

El discurso postmodernista cautivó a muchas agrupaciones que, como sucedía con el argumento igualitario, veían en éste un mecanismo de emancipación. Así, por ejemplo, algunas corrientes feministas negaron la posibilidad de

³⁵ Fernando de Trazegnies, *Postmodernidad y Derecho*. Monografías jurídicas Temis, Bogotá, 1993, p. 92.

³⁶ Un ejemplo interesante de esta denuncia lo da Trazegnies al relatar la manera en que Francia objetó una propuesta de Convención que se presentó en el marco de la Conferencia Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro. Uno de los párrafos de la referida propuesta hablaba de los “pueblos indígenas” en plural; la delegación francesa saltó indignada a recordar que el pueblo es uno solo, porque los hombres son todos iguales. Fernando Trazegnies, op. cit., p. 87.

establecer una teoría general de la justicia y cuestionaron el propósito universalizante de tales intentos. La pretendida imparcialidad de Rawls -decían algunas- parte de la creencia equivocada de que lo moral es universal, pero no es posible sostener que todas las personas, cubiertas por el hipotético velo de ignorancia, vayan a postular principios de justicia siquiera semejantes.³⁷ De acuerdo con estos planteamientos, el discurso liberal es una manera de perpetuar muchos tipos de opresión, en particular la opresión del género femenino. El discurso patriarcal de la modernidad era cuestionado porque aún cuando enfatizaba en las diferencias culturales y genéticas entre los sexos, ignoraba luego esas diferencias al momento de señalar características universales que, en realidad, eran características masculinas. Hay en el mundo – decía Young- numerosas injusticias que se cometen sin la intención de oprimir a nadie, amparadas en disposiciones sociales que trascienden el control de los individuos, como los mecanismos burocráticos y los mercados, y que imponen unos estereotipos culturales determinados. Esta argumentación replicaba en muchos elementos el planteamiento marxista, pero ampliaba el rango de mecanismos de opresión incluyendo, por ejemplo, el “imperialismo cultural”,

³⁷ Se hace acá alusión a la corriente feminista encabezada por I. M. Young. A diferencia de algunas corrientes liberales de feminismo que hacen énfasis en las similitudes humanas como argumento para defender la reivindicación del género femenino, Young pone el énfasis en las diferencias humanas para soportar un argumento análogo. “*Este libro intenta mostrar cómo la negación de la diferencia contribuye a la opresión de los grupos sociales, e intenta defender una política que reconozca la diferencia y no la suprima*”. I. M. Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 10.

entendido como la imposición excluyente de una visión del mundo, a través de la propagación de la cultura de quienes detentan el poder.

El postmodernismo ha seguido lanzándole sus críticas al liberalismo moderno. Muchas de ellas condenan indiscriminadamente su presupuesto de universalidad, elogiando de manera radical los particularismos y sucumbiendo en un relativismo en el que ninguna cosa tiene un valor superior al de las otras. Estos ataques han devenido en una suerte de nihilismo que busca destruir todos los íconos de la cultura occidental moderna, sin plantear una propuesta sustituta. Pero otros enfoques menos radicales han apelado al postmodernismo para cuestionar los cimientos de la modernidad, en orden de proponer un mejor mundo. Este es, entre muchos, el enfoque propuesto por Trazegnies para quien la postmodernidad debe ser el reconocimiento del orden en la diversidad y de la diversidad en el orden, *“el Derecho de la postmodernidad debe rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, que no intente colocar una camisa racional de fuerza a la riqueza y a la variedad cultural”*.³⁸

1.4. El proceso de modernización en Colombia y la Constitución de 1991

En Colombia, la Constitución Política de 1991 no fue ajena a estos debates. En su elaboración participó un grupo heterogéneo de personas, representantes de los diferentes intereses del pueblo, que hicieron de ella una suerte de colcha de retazos.³⁹ Entre los asuntos más conflictivos se encontraban los alcances del ideal de modernización que se había infiltrado en los partidos políticos hegemónicos desde los años siguientes a la independencia, avalado por el ejemplo de Inglaterra y por la exitosa experiencia de Estados Unidos en su proceso de independencia. Así, mientras el liberalismo radical venía exigiendo cambios en los ámbitos cultural y político, como la separación de la iglesia y el Estado, un enfoque de la educación dirigido a transformar la mentalidad popular y la difusión de ciertas prácticas democráticas, el conservatismo tradicional había estado abogando por mantener las instituciones y conservar las estructuras de autoridad y la mentalidad tradicionales, limitándose a plantear una modernización de la estructura económica.⁴⁰ Esta pugna ideológica, presente a todo lo largo del siglo XX, daría lugar a lo que Melo calificó como

³⁸ Fernando Trazegnies, op. cit., p. 97.

³⁹ El liberalismo participó con 25 miembros, el M-19 con 19, el partido de Salvación Nacional con 11, el conservatismo con 9 y los indígenas, la Unión Patriótica, el EPL y los evangélicos, 2 delegados cada grupo, el partido revolucionario de los trabajadores y el Quintín Lame, recientemente desmovilizados, participaron cada uno con 1 delegado.

⁴⁰ Sobre el proceso de modernización en Colombia véase: Jorge Orlando Melo, “Algunas Consideraciones Globales sobre “modernidad” y modernización”, en Fernando Viviescas y Fabio Giraldo (comp.), *Colombia en el Despertar de la Modernidad*, Carvajal, 1991, pág. 231.

un proceso contradictorio, gradual y lento de “Modernización tradicionalista”,⁴¹ el cual fue determinante en la elaboración de la Constitución Política de 1991, promovida por un presidente liberal que le había apostado todo a la modernización⁴² y creada por una asamblea nacional constituyente integrada principalmente por las dos fuerzas políticas imperantes, pero con una participación significativa de otros sectores políticos y sociales. El resultado fue una Carta Política heterogénea, en la que quedaron fusionados algunos elementos del Estado liberal clásico, algunos principios e instituciones igualitarias y una serie de normas marginales, que recogerían postulados de diversas corrientes. Se destacan, entre estas últimas, los aportes del postmodernismo, que quedaron plasmados en la Constitución a través de un reconocimiento expreso del valor de “lo otro”, bajo la forma de la tolerancia y la diversidad étnica.

Entre los elementos propios del liberalismo clásico que hacen parte de la Constitución se destacan los siguientes. El énfasis en la legalidad, que constituye una garantía para limitar el poder del Estado y proteger la libertad

⁴¹ Melo, *Ibíd.* P.234.

⁴² César Gaviria fue elegido como presidente para el periodo 1990-1994, usando como eslogan político la frase “Bienvenidos al futuro”. En el discurso que pronunció cuando se instaló la Constituyente, en 1991, se ve reflejado su liberalismo progresista, al señalar que solicitar que *"Las profundas transformaciones de nuestro país han creado una brecha entre la realidad y las instituciones, entre el desarrollo socioeconómico y el desarrollo político, entre la sociedad civil y el Estado. La reforma debe cerrar esta brecha"*. Revista Credencial, Historia, Edición 163, junio de 2003.

individual;⁴³ la positivización de una carta de derechos civiles y políticos,⁴⁴ en particular, el derecho a la intimidad, para proteger una esfera privada en la que cada individuo se desarrolla con independencia de los demás⁴⁵, el derecho al *“libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*⁴⁶ y el reconocimiento de la libertad negativa, o ausencia de constreñimientos, y los mecanismos para garantizarla;⁴⁷ la garantía de la propiedad privada,⁴⁸ la división de los poderes públicos y los mecanismos de control recíproco;⁴⁹ la libre actividad económica sin intervención estatal, el abandono del monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos y el establecimiento de una Banca Central Independiente como principal agente interventor en la economía.⁵⁰

Pero la Constitución de 1991, como ya se dijo, no se limitó a incluir un modelo de Estado propiamente liberal. Como resultado de las diversas corrientes políticas que participaron en su gestación se le dio cabida a una serie de principios e instituciones igualitarias, muchas de las cuales no hacían parte del

⁴³ Arts. 4, 6, 84, 122, 150, 333 y 335, entre otros.

⁴⁴ “Los derechos fundamentales” Título II, Capítulo I, Arts. 11-41.

⁴⁵ Art. 15

⁴⁶ Art. 16

⁴⁷ Arts. 28, 29 y 30.

⁴⁸ Art. 58

⁴⁹ Arts. 113, 114, 117, 118, 119, 135 num. 8 y 9, 174, 237 num. 2, 241

⁵⁰ Arts. 333, 365 y 371, respectivamente.

anterior orden constitucional.⁵¹ Así, desde sus primeros dos artículos, el Estado quedó planteado como un Estado Social de Derecho, cuyas autoridades estarían instituidas para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”. Con esta fórmula, se dejaba atrás el enfoque meramente formal del Estado liberal y se fortalecían los elementos democráticos y sociales.⁵²

El artículo 13 superó la concepción meramente formal de la igualdad e incorporó un derecho a la igualdad sustancial, que implicaría la adopción de medidas tendentes a favorecer a grupos discriminados o marginados y la especial protección de poblaciones en circunstancias de debilidad manifiesta. Junto con esto, se incluyó una especial protección estatal al trabajo “en condiciones dignas y justas” y un derecho constitucional a constituir sindicatos, o asociaciones de trabajadores encaminadas a limitar el poder de los patrones en beneficio de las clases trabajadoras.⁵³ De otra parte, se incorporó una extensa

⁵¹ Hay que resaltar acá la copiosa participación del grupo revolucionario de izquierda M-19, recientemente desmovilizado, que obtuvo la segunda votación más alta en las elecciones de candidatos, correspondiente a una 26.82% del total de votos, participando en la constituyente con 19 bancas.

⁵² Los primeros, explica Uprimny, tienden a facilitar la igualdad de las personas en el diseño de la voluntad política. Los segundos, continúa, introducen la idea de que el poder político debe procurar unos índices mínimos de justicia material para los asociados, de que el Estado está obligado a ciertas prestaciones positivas (sin que tal cosa implique la categoría del “Estado benefactor”). En: Rodrigo Uprimny, “Constitución de 1991, Estado Social y derechos humanos: Promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas”, en: *El debate a la Constitución*, ILSA, Bogotá, 2002, p. 65.

⁵³ Arts. 25 y 39, respectivamente. A su vez, el art. 53 consagra los principios mínimos fundamentales del trabajo, todos ellos favorables a los trabajadores.

carta de derechos prestacionales,⁵⁴ que prescribían, entre otras cosas, una protección especial a la mujer, a los niños, a la tercera edad y a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos,⁵⁵ así como una seguridad social de carácter universal, y el acceso igualitario a la salud, la vivienda, la recreación, la educación y la cultura.⁵⁶ En cuanto a la propiedad, la Constitución le impuso restricciones tendentes a satisfacer el interés social, calificándola como una “función social”, y promovió la creación de mecanismos dirigidos a permitir el acceso de todos a la propiedad, otorgándole unas garantías especiales a trabajadores y campesinos.⁵⁷ Siguiendo con los principios igualitarios, se estableció que el Estado dirigiría la economía nacional, interviniendo en ella *“con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes [y] la distribución equitativa de las oportunidades (...)”*,⁵⁸ y se le otorgó un carácter prevalente al gasto público social.⁵⁹ Por último, en el tema de los servicios públicos, se señaló que estos eran inherentes a la finalidad social del Estado, que éste debía garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, atendiendo criterios de solidaridad y redistribución, y

⁵⁴ “Los derechos sociales, económicos y culturales”, Título II. Capítulo II, Arts. 42-77

⁵⁵ Arts. 43, 44, 46 y 47, respectivamente.

⁵⁶ Arts. 48, 49, 51, 52, 67 y 70, respectivamente. En cuanto a la garantía de los servicios de salud y educación, el art. 336 prescribe que las rentas de los monopolios de suerte y azar y de licores estarán destinadas a la prestación de estos servicios.

⁵⁷ Arts. 58, 60 y 64

⁵⁸ Art. 334

⁵⁹ Arts. 350 y 366.

que las entidades territoriales podrían conceder subsidios a las personas más pobres para el pago de los servicios públicos domiciliarios⁶⁰.

Aparte de estos elementos, cuya sola coordinación ofrecía desde ya un reto enorme, la Carta estuvo pincelada por otros tantos colores, que a cada pasada iban aumentando su complejidad. La idea postmodernista del pluralismo cultural fue uno de ellos. La Asamblea Nacional Constituyente contó con la participación de muchos grupos históricamente oprimidos, que encontraron en ella una alternativa de reivindicación.⁶¹ *“La falta de libertad de la que se quejan muchos hombres y grupos –dijo alguna vez Berlin- no es otra cosa, con frecuencia, que falta de reconocimiento adecuado”*,⁶² para los grupos indígenas, para las negritudes y para las mujeres, entre otros grupos, se estaba abriendo la posibilidad de exigir un reconocimiento institucional, de reivindicar su condición de agentes responsables, de ser incluidos y comprendidos en esa nación que se pensaba construir. Esto quedó reflejado desde el primer artículo de la Constitución, que además de prescribir un Estado descentralizado, en el que cada comunidad tendría la posibilidad de ejercer su propio gobierno de acuerdo con sus exigencias particulares, señaló que Colombia sería una República pluralista y fundada en el respeto de la dignidad humana, mientras

⁶⁰ Arts. 365, 367 y 368.

⁶¹ Se trata de las mujeres, los indígenas, las negritudes, los evangélicos, los trabajadores y los guerrilleros.

que el artículo 7º obligaba expresamente al Estado a reconocer y proteger ‘*la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*’. Así mismo, se hizo un intento por reconocer la identidad especial de las comunidades indígenas, concediéndoles un fuero jurisdiccional para que ellas mismas resolvieran sus conflictos, otorgándoles la propiedad colectiva de sus resguardos y permitiéndoles que se autogobernaran según sus propios usos y costumbres, siempre y cuando no desbordaran la Constitución y la leyes.⁶³ Con esto, la Constitución le puso algún freno a los presupuestos universalizantes de la modernidad. El hombre blanco, católico y racional ya no sería el único sujeto reconocido por la institucionalidad. Había llegado el tiempo de reconocer la diversidad, de asumir como iguales a las mujeres, a los negros, a los no católicos y a los “irracionales”.⁶⁴ De esta misma manera, las mujeres lograron una reivindicación de sus derechos, anteriormente desconocidos por el paternalismo imperante, que se materializó a través de un reconocimiento expreso a su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, de su igualdad de derechos y oportunidades con

⁶² Isaiah Berlin (1909-1997), *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2001. p. 92.

⁶³ Arts. 246, 329 y 330, respectivamente. Cabe precisar que la Corte Constitucional, en una labor interpretativa del artículo 246 bastante progresista, ha considerado que los únicos límites jurídicos que de forma válida puede el Estado central imponer a las actuaciones de las autoridades indígenas son aquellos que ha denominado “los mínimos tolerables por el hombre”, estos son, la prohibición de la pena de muerte, de la tortura, de la servidumbre y de demás tratos humillantes y degrades prescritos por el DIH.

⁶⁴ Es decir, aquellas personas o grupos que no compartieran las estructuras occidentales de pensamiento racional. Y no se trataría de ser condescendientes con ellos, asumiéndolos como si

respecto a los hombres, del especial apoyo a las mujeres en estado de embarazo, a las cabezas de familia y a la mujer trabajadora.⁶⁵

La Constitución Política de 1991, como se ve, creó un nuevo Estado: un Estado Social de Derecho que reconocería la diversidad étnica y el respeto por “lo otro”, y junto con las garantías y principios liberales abriría un espacio para la materialización de las demandas igualitarias. Para darle una lectura coherente a este entramado de concepciones encontradas, hubo que crear un organismo independiente y confiarle la labor de verter sus preceptos deontológicos en realidades concretas. Con tal fin fue creada la Corte Constitucional, organismo judicial al que se le confió “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”⁶⁶ y cuya labor, como se verá más adelante, ha distado mucho de pasar inadvertida.

se tratase de menores de edad, sino reconocer el valor de su pensamiento, aceptar la importancia de “lo otro”.

⁶⁵ Arts. 40, 43 y 53.

⁶⁶ Art. 241.

SEGUNDO CAPÍTULO

REDEFINIENDO EL DESARROLLO

Desde el momento en que los 74 constituyentes de 1991 le entregaron al país la Carta Política que en adelante lo regiría, una serie de posibilidades se abrieron en la carrera de modernización que venía librándose desde los tiempos de la independencia y que, para finales del siglo XX, se había materializado en la noción de desarrollo económico. Pero al mismo tiempo, y debido en gran parte a los aportes igualitaristas y postmodernistas a que se ha hecho alusión, la Constitución abrió un espacio invaluable para un nuevo modelo de “Desarrollo”, no circunscrito al discurso tradicional del Desarrollo promovido por los países industrializados. Un Desarrollo auténtico; uno que estuviera más preocupado por la realización de los proyectos de vida de cada colombiano que por las vicisitudes de la economía capitalista, con su afán por minimizar los costos y maximizar las utilidades.

En este capítulo se comentará una crítica al discurso tradicional del Desarrollo, y se expondrá una propuesta alternativa de Desarrollo, esbozada por un economista de la India, para quien el Desarrollo debe entenderse como el *“proceso de expansión de libertades reales que disfrutan los individuos”*.⁶⁷ Finalmente, se hará una interrelación entre las características híbridas de la

Constitución de 1991, para estudiar la manera como esta puede contribuir al modelo de Desarrollo planteado.

2.1 El discurso del Desarrollo y sus implicaciones negativas para el llamado “Tercer Mundo”⁶⁸

A finales de los años cuarentas, los intereses de los países más poderosos de Occidente, que habían estado enfrascados en las vicisitudes de la guerra, se volcaron hacia el mantenimiento del equilibrio global. Desde esta nueva perspectiva, los elevados niveles de pobreza, que para finales de los años cuarenta cobijaban a casi dos tercias partes de la población mundial, se asumieron como una amenaza latente para el orden mundial.⁶⁹ El discurso del Desarrollo se diseñó en ese entonces con el objeto de encarar esta problemática, y se presentó ante el mundo como una herramienta para que los pueblos atrasados, que en adelante se llamarían “subdesarrollados”, superaran su

⁶⁷ Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000.

⁶⁸ En esta sección se seguirá la investigación del investigador colombiano Arturo Escobar en *La invención del tercer mundo, Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, Bogotá, colección vital.

⁶⁹ Según Harold Wilson, “*Más de 1.500 millones de personas, algo así como dos tercios de la población mundial, [vivía] en condiciones de hambre aguda*”. A su vez, un panel de expertos del Milbank Memorial Fund había manifestado en 1948 que la verdadera prosperidad “*no puede perdurar en una parte del mundo si las otras viven en condiciones de pobreza y mala salud*”. Citas extraídas de Arturo Escobar, op. cit., p. 52. Todo esto se vinculaba a las antiguas predicciones de Malthus (1766-1834), quien había afirmado que la población estaba creciendo tan rápidamente que en muy pocos años se agotarían las provisiones de alimentos necesarios para satisfacer a la humanidad, y a partir de esto se concluía que el problema demográfico de los países subdesarrollados tenía que ser una prioridad de orden mundial.

pobreza, su incultura y su barbarie. Para alcanzar aquel fin era necesario, en un primer momento, definir cuales países engrosarían la lista del subdesarrollo y, para esto, bastó la más simple analogía: “pobre” era aquella persona que careciera de recursos materiales, “pobre” sería entonces aquel país que no tuviese suficientes recursos económicos. En adelante bastaría con observar el ingreso anual per cápita de cada país y fijar una línea divisoria. A quienes estuvieran por debajo de ésta tocaría darles la inyección mágica del crecimiento económico.⁷⁰

Fue en esa misma época cuando surgió la categoría de los “tres mundos” como un intento de Occidente por redefinirse a sí mismo tras la guerra y definir de paso al resto del mundo. En la parte superior del podio se ubicó a las naciones industrializadas y libres. A su derecha, las naciones industrializadas pero comunistas, un poco más abajo, los países pobres y sin industrias. A estos últimos era necesario socorrerlos, porque no estaban en capacidad de alcanzar el Desarrollo por sí mismos y procurarse su propia “salvación”. Habría que tratarlos como niños y habría que imponerles el ideal benéfico del progreso, incluso en contra de sus voluntades extraviadas, si así fuese preciso.⁷¹ “La

⁷⁰ El primero en fijar esta línea fue el Banco Mundial, que en 1948 definió como pobres a aquellos países con ingreso per capita inferior a 100 dólares. “*casi por decreto, dos tercios de la población mundial fueron transformados en sujetos pobres*”. *Ibíd.*, p.55.

⁷¹ Esta actitud venía desde antes. En un informe del norteamericano Eliu Root (premio Nobel de la paz en 1912) para la construcción del Canal de Panamá, quedó plasmada de la siguiente manera: “*Con o sin el consentimiento de Colombia, construiremos el canal, no por razones*

infantilización del Tercer Mundo -en palabras de Arturo Escobar- *ha sido parte integral del desarrollo como ‘teoría secular de salvación’*”.⁷² Es decir, la idea misma del Desarrollo fue creada como un mecanismo de opresión, consistente en tratar de imponerle a los países subdesarrollados, a las naciones imberbes, las verdades redentoras del progreso y la modernización que, se pensaba, hacían parte del ideal de cada país, aunque muchos, por la inmadurez de su entendimiento, fueran incapaces de saberlo. Detrás del discurso del Desarrollo, de la construcción de ese espacio ficticio en el que sólo ciertas cosas podían ser dichas e incluso imaginadas, yacía nuevamente un ideal de libertad. La acción desarrollista emprendida por el primer mundo pretendía emancipar a las naciones pobres para que, una vez hubiesen alcanzado la luz del entendimiento, fueran ellas mismas capaces de decidir sus propios destinos, con la certeza de que ahora sí sabrían hacerlo.⁷³ El ideal de libertad que le da sentido a este discurso, y que ha servido también para justificar todo tipo de despotismos, descansa en una forma de libertad positiva que Berlin ha caracterizado como el ideal de autorrealización. La voluntad de los hombres y de las sociedades inferiores está falsamente representada por un actuar equivocado, pero en su

egoístas, ni por codicia o afán de lucro, sino por el comercio mundial, beneficiando a Colombia más que a todos”, citado por Escobar, op. cit., p. 63.

⁷² *Ibíd.*, p. 67.

⁷³ Esta actitud paternalista se ve reflejada en un Informe del Banco Mundial, tras su visita a Colombia en 1949, que tenía por objeto la formulación de un programa de Desarrollo para este país: *“Colombia cuenta con una oportunidad única en su larga historia. Sus abundantes recursos naturales pueden ser tremendamente productivos mediante la aplicación de técnicas modernas y prácticas eficientes (...) Todo lo que se necesita para iniciar un periodo de crecimiento rápido y difundido es un esfuerzo decidido de parte de los mismos colombianos”*

interior están latentes sus verdaderas identidades. Se requiere de algún ser superior que los ayude, incluso a través de la coacción, a alcanzar esos fines *“que ellos mismos buscarían si fueran más cultos, pero que no lo hacen por ceguera, ignorancia o corrupción”*.⁷⁴ Para que las naciones alcanzaran su verdadera libertad, para que pudieran autogobernarse, era necesario imponerles la verdad del progreso, que sólo los países desarrollados podían entender con claridad. Actuar de cualquier manera, fuera esta estúpida, irracional o equivocada, no constituía un verdadero acto de libertad; por ende, el discurso del Desarrollo no pretendía ser una forma de tiranía sino, por el contrario, una herramienta de emancipación.

Y así lo llegaron a creer incluso los propios países del tercer mundo. La mayoría de sus habitantes fueron forjando una identificación con la categoría del tercer mundo, y poco a poco fue haciéndose más difícil asimilar los problemas en términos diferentes a los que proporcionaba el discurso del Desarrollo. La industrialización se recibió con los brazos abiertos, la urbanización masiva se volvió imperativa, la tecnología y el comercio pasaron a ser necesidades apremiantes. Pero para todo esto se requería inversión de capital, y eso era precisamente lo que le faltaba al tercer mundo. No había

⁷⁴ Isaiah Berlin, op. cit., p. 62. Unas páginas más adelante, Berlin sostiene que *“Éste es el argumento utilizado por todos los dictadores, inquisidores y matones que buscan justificaciones morales, o hasta estéticas, a su comportamiento. He de hacer por los hombres*

problema: el primer mundo prestaría el dinero y el tercer mundo lo pagaría a plazos, en la medida en que ese dinero fuera incrementando su capacidad productiva y su libertad.

Este discurso occidental se fue perpetuando lentamente, impulsado por los medios de comunicación, por la generación de estereotipos, por los sistemas educativos y por los organismos internacionales de cooperación. A través suyo, los países desarrollados, aquellos que detentaban la verdad del progreso y la modernidad, fueron generando unos lazos de control y unas relaciones de poder sobre las naciones del tercer mundo. El Desarrollo fue dejando de lado a la gente cuando, se suponía, habría de ser su principal objetivo. No pasó de ser un discurso excluyente y opresor, impulsado por un ideal patriarcal, que condenó a la mujer; un discurso de carácter eurocéntrico, en detrimento de las culturas arcaicas; tecnocrático, que quiso derrocar las tradiciones; y vertical, que se tornó impositivo sobre los propios habitantes del tercer mundo cuya emancipación definitiva se había pretendido mostrar como la finalidad misma del Desarrollo.

(o con los hombres) aquello que ellos no pueden hacer por sí mismos, y no les puedo pedir su permiso o consentimiento, porque no están en condiciones de saber lo que les conviene". p. 86.

2.2 Desarrollo entendido como libertad

Inconforme con los linderos establecidos por el discurso del Desarrollo, Amartya Sen propuso una nueva forma de asumirlo.⁷⁵ Señaló que la pobreza no era una simple cuestión de recursos económicos, y esto implicaba que la división tripartita del atlas político no pasaba de ser una ficción arbitraria e inútil. El Desarrollo –dijo Sen- no debería medirse de acuerdo con cifras abstractas, como el PIB, el aumento de las rentas personales, la industrialización, la tecnología o la modernización social, sino con el grado de expansión de las libertades reales de que disfrutasen los individuos. Las libertades habrían de constituir, al mismo tiempo, el fin primordial del Desarrollo y el principal medio para alcanzarlo. Por eso mismo, deberían ser asumidas como un compromiso social; sólo así se estaría caminando hacia la solución de los mayores problemas del mundo contemporáneo. El verdadero Desarrollo requeriría eliminar la falta de libertades fundamentales, así como las restricciones sociales en cuestiones como salud y educación, pues estas últimas eran generadoras de privaciones individuales. Todo hombre debería convertirse en un agente, debería tener las capacidades necesarias para buscar los objetivos que tuviese razones de promover. Una sociedad de agentes libres, activos y capaces sería una sociedad desarrollada;

⁷⁵ En esta sección se recoge la argumentación presentada en: Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000. Es necesario aclarar que la propuesta de Sen no es una derivación natural del discurso antidesarrollista planteado por Escobar. En este sentido, el

jamás una sociedad de pacientes que se limitasen a recibir las dádivas ajenas y cuya moral les permitiera ser tratados como inferiores.

Los cuestionamientos de Sen al discurso tradicional del Desarrollo escondían la idea de que la libertad de los pueblos pobres, que éste pretendía imponer, no se estaba logrando en la práctica y que la libertad no permitía la interferencia externa para decidir los asuntos de los sujetos, sino el empoderamiento de estos mismos para dirigir sus propios destinos. Sus objeciones al discurso tradicional llegaron por todos los flancos. De una parte, sostuvo que las rentas no determinaban la calidad de la vida de una persona, pues esta última varía en cada individuo de acuerdo con una serie de factores endógenos y exógenos, argumento fácilmente extrapolable al campo de las naciones.⁷⁶ De otra parte, señaló que el valor de los mercados no estaba tanto en su capacidad de acrecentar la economía, sino en el hecho de que constituían un espacio adecuado para que los hombres desarrollaran su libertad de participar e intercambiar.⁷⁷ De manera semejante, agregó que incluso en el seno de los países del primer mundo existían vergonzosos contrastes en la calidad de vida de los habitantes, muchos

mismo Escobar podría objetar la propuesta de Sen porque, a la postre, ésta acoge ciertas premisas del liberalismo hegemónico.

⁷⁶ Sen sostiene que la relación entre la renta y la calidad de vida no es igual en cada individuo por cinco factores fundamentales: la diferencia de gustos, preferencias y necesidades de cada uno; las repercusiones del medio ambiente en sus vidas; la incidencia del entorno social en que se encuentre la persona; el diferente costo de sentirse cómodo en público (véase cita 21); y la manera como la persona distribuya sus beneficios al interior de su seno familiar. *Ibidem*, p.p. 94-96.

⁷⁷ *Ibidem*, Cap. 5, p.p. 142-182.

de los cuales estarían viviendo en condiciones inferiores a las de los habitantes del tercer mundo.⁷⁸ La pobreza, sostuvo Sen por otra parte, tiene que ver más con la carencia de capacidades (falta de educación, salud, seguridad, independencia, confianza, etc.) que con la falta de rentas, sin que la solución de lo segundo lleve necesariamente a la solución de lo primero.⁷⁹ En cuanto al problema demográfico, remató Sen, la solución no exigiría menos libertad sino más, es decir, en este problema, así como en muchos otros que han sido enfrentados por el discurso tradicional del Desarrollo, la solución no sería el resultado de una imposición coactiva de medidas restrictivas sino de un esfuerzo por ampliar las libertades de los individuos más afectados, en este caso las mujeres jóvenes cuya calidad de vida se ve ampliamente deteriorada con la excesiva procreación y crianza.⁸⁰

⁷⁸ Para ejemplificar este argumento, Sen demuestra que los afroamericanos de los Estados Unidos tienen una expectativa de vida claramente inferior a la de los habitantes de la China o de Kerala, en la India, a pesar de que estas últimas poblaciones sean muchísimo más pobres en términos económicos. *Ibidem*, p.p. 38-41.

⁷⁹ Para ilustrar esto, Sen se apoya en estudios realizados en Europa, que le permiten afirmar que existen numerosas pruebas de que los efectos negativos del desempleo no se limitan a la falta de renta que éste engendra, porque esto puede ser compensado a través de subsidios como sucede en Europa, sino que se extienden a los daños psicológicos, la pérdida de auto confianza, el aumento de tensiones sociales y el incremento de enfermedades, entre otras cosas. *Ibidem*, p. 123.

⁸⁰ Para ilustrar este argumento, Sen realiza una comparación entre los controles coercitivos de natalidad practicados en China y la situación de Kerala, en donde los esfuerzos se han volcado hacia la educación de las mujeres jóvenes, como mecanismo para ampliar la agencia de las mujeres, en beneficio de sus libertades para decidir sobre su propia procreación. La tasa de natalidad en Kerala, concluye Sen, es inferior a la de China y, aun más, se observan menos consecuencias negativas, como la mortalidad de las niñas y el número de abortos. *Ibidem*, p.p. 268-271.

El Desarrollo emanaría de la condición generalizada de agentes. De una sociedad compuesta por personas responsables y libres para tomar sus propias decisiones, que trabajasen en beneficio de su comunidad. Cuanto mayor sea la libertad, mayor será la capacidad de los individuos para la mutua ayuda y para influir en el mundo. Por el contrario, al reducirse las capacidades, entendidas como las combinaciones de funciones que la persona puede conseguir, se disminuirán las libertades individuales.⁸¹ En este contexto, las libertades tienen una doble implicación. De una parte, son el fin mismo del Desarrollo, pues enriquecen la vida humana y evitan las restricciones externas; de otra parte, son instrumentos para el Desarrollo, pues los derechos y las oportunidades contribuyen a expandir la libertad.

La prioridad del Desarrollo no recae sobre las necesidades económicas, sino sobre las libertades individuales, su objeto primordial ha de ser el aumento de las capacidades de cada individuo, para convertirlos a todos en agentes capaces de alcanzar sus propias metas. Este enfoque ha recibido diversas críticas por parte de quienes defienden el discurso tradicional del Desarrollo y sostienen que los países del tercer mundo no pueden darse el lujo de preocuparse por las libertades políticas y los derechos humanos, hasta tanto no hayan satisfecho las

⁸¹ El concepto de funciones “refleja las diferentes cosas que una persona puede valorar, hacer o ser. Las funciones valoradas pueden ir desde las elementales, como comer bien y no padecer enfermedades evitables, hasta actividades o estados personales muy complejos, como ser capaz de participar en la vida de la comunidad y respetarse a uno mismo” *Ibidem*, p. 99.

necesidades económicas. Detrás de estas afirmaciones se esconde la creencia de que hay un conflicto entre la lucha contra la pobreza y el sufrimiento y la garantía de libertades políticas y derechos humanos, que hace que los dos campos se excluyan el uno al otro.⁸² A esta suposición, Sen responde diciendo que hay extensas conexiones entre las libertades políticas y la satisfacción de las necesidades económicas, pues el ejercicio de los derechos políticos permite la comunicación, el debate de argumentos, la oposición y la crítica; aspectos necesarios para la formación de los valores y, al mismo tiempo, cruciales para la conceptualización de prioridades, entre las que se incluyen las necesidades económicas. Como ejemplo de lo anterior presentó nuevamente el caso de Kerala, región de la India en la que se ha logrado, a partir del dialogo abierto, el loable objetivo de reducir las tasas de fecundidad. Asimismo, los derechos políticos tienen un valor instrumental para la consecución de los objetivos económicos, pues los gobernantes tienen incentivos políticos que los llevan a escuchar las peticiones y satisfacer las necesidades sociales. Sen es reiterativo en afirmar que en las democracias nunca se han registrado hambrunas, y justifica esto diciendo que los problemas de esta magnitud generan un reclamo social que no puede dejar de ser escuchado por un gobierno que tiene interés en mantener el aval de sus electores. En la propuesta de este autor, la democracia

⁸² Tal es, por ejemplo, la tesis de Lee Kuan Yew, antiguo primer ministro de Singapur, quien defendía que un endurecimiento de los sistemas políticos, con la denegación de los derechos humanos y políticos, era una excelente herramienta para el desarrollo económico. *Ibidem*, p. 32 y 186.

constituye un escenario ideal para el Desarrollo, y el foro público ofrece una valiosa alternativa para que la sociedad misma se encargue de decidir cuales son los valores y tradiciones que desea preservar, y cuales está dispuesta a sacrificar en aras de obtener algún tipo de beneficio.

2.3 La Constitución Política de 1991 y el Desarrollo

El compromiso institucional que nació en 1991 recogería muchas instituciones propias del discurso tradicional del Desarrollo y las elevaría a rango constitucional para que desde la misma Carta se empezaran a gestar la modernización y el progreso. El Estado quiso romper los lazos tradicionales que lo ataban a la tradición cristiana, y encarrilarse con fuerza en el culto a la razón humana. Dios no sería ya la fuente suprema de toda autoridad y los dogmas de la religión católica quedarían abiertos a las objeciones de la razón. El Estado naciente era un estado laico, fundado en el valor del trabajo individual y en el respeto por la propiedad privada. Así mismo, plenamente conscientes de la relevancia de la economía en los procesos de desarrollo, los constituyentes quisieron dejar consignada en la Carta Política del país una infraestructura jurídica para el desarrollo económico, compuesta por casi 40 artículos dedicados al régimen económico, a los planes de desarrollo, al presupuesto de la Nación, a la distribución de recursos y a la creación de una banca central autónoma.

Hasta acá, la Norma Superior parecía perpetuar el discurso tradicional del Desarrollo, mediante un esfuerzo conciente por fortalecer la economía y modernizar la cultura social, a través de un sistema jurídico que elogiara y protegiera el mérito del trabajo, al tiempo que desdeñara la irracionalidad de la religión y le abriera la puerta al mundo de la razón. Pero el proyecto fue más allá. Esa misma Constitución se encargó de gestar un Estado plural y tolerante, de romper con la tradición homogeneizante del antiguo orden que había dado lugar a fenómenos tan excluyentes como el frente nacional. Para todo esto se configuró un orden institucional fundado en el respeto y la promoción de la diversidad. En palabras de Rodrigo Uprimny: *“Esto muestra que la Constitución de 1991 no recoge simplemente la idea del ESD desarrollada por el constitucionalismo europeo, sino que la enriquece, y en cierta medida la reformula con la incorporación de los desafíos del multiculturalismo”*⁸³. La construcción de la Nación no seguiría siendo el resultado de una imposición arbitraria de los valores hegemónicos, pasaría a ser ahora un proceso colectivo y local que, de manera mancomunada, iría exaltando la identidad nacional y la diversidad cultural, regional y étnica. El autogobierno de los pueblos indígenas y la descentralización del poder público contribuirían a la creación autónoma de un Estado capaz de fijarse sus propias metas y salir en busca de ellas.

Junto con estas, la Constitución le puso otra serie de trabas al Desarrollo tradicional, generando un difícil conflicto en torno a la manera como debería interpretarse su texto, en consideración a que muchas de sus normas parecían irreconciliables. Así como el Desarrollo chocaría con el multiculturalismo, así mismo se enfrentaría con el principio de igualdad sustancial y con un Estado Social de Derecho habilitado para intervenir en la economía y enmendar las desigualdades existentes. El resultado de este conflicto se perfilaba nefasto para muchos, y sus manifestaciones se empezaron a ver en los primeros años de la Constitución cuando el gobierno de Gaviria implementó una serie de políticas económicas neoliberales que distaban ampliamente del ideal social-demócrata oculto en la fórmula del Estado Social de Derecho.

De otra parte, la concepción democrática del Estado ofrecería un escenario adecuado para que las decisiones sociales emanaran del consenso de los ciudadanos. Tal cosa haría posible que la sociedad misma se encargara de definir el concepto de Desarrollo hacia el cual querría llegar. Pero para que la participación política fuera efectiva y real habría que comenzar por empoderar a los ciudadanos, y tal cosa exigiría primero el fortalecimiento de sus capacidades. El sistema democrático siempre ha tenido aparejado un ideal

⁸³ Rodrigo Uprimny, “Constitución de 1991, Estado Social y derechos humanos: Promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas”, en: *El debate a la Constitución*, ILSA, Bogotá, 2002,

igualitario, tal fue la razón para que los liberales clásicos solieran repudiarlo y para que tuvieran que transcurrir muchos años antes de que fuera posible pensar en una “democracia liberal”.⁸⁴ La Constitución del 1991, sin embargo, no sólo acoge la fusión del liberalismo y la democracia, sino que le adiciona un alto contenido social, enfatizando en el ideal igualitario del gobierno democrático. “*La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*” establece la Carta en su tercer artículo. Pero si el pueblo no pasa de ser un rebaño de “pacientes”, entonces el poder público no estará emanando de éste sino, acaso, de unos pocos ciudadanos privilegiados que cuentan con las capacidades requeridas para la participación política. Es decir, para que el ideal democrático pueda realizarse en Colombia es necesario, primero, realizar una conversión social que transmute en agentes a los actuales pacientes, y tal cosa requiere una intervención activa del Estado encaminada a suministrar las capacidades básicas que todo individuo requiere para que sus libertades puedan ejercerse. En este entendido, a la Corte Constitucional le compete una doble labor: determinar cuáles son esas capacidades básicas (en materias como educación, salud, garantías sociales, vivienda, etc.) y establecer mecanismos para su distribución.

p. 65.

⁸⁴ Bobbio señala que la democracia, desde que fue inventada en Grecia, se ha definido como el gobierno del pueblo, y que siempre ha estado inspirada en el ideal de la igualdad, mientras que el liberalismo ha expresado, desde sus orígenes, “*una profunda desconfianza hacia toda forma de gobierno popular*”, que lo llevó a defender, hasta entrado el siglo XX, la importancia del sufragio restringido. En: Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de cultura económica, México, 1989, Capítulos VI y VII.

Así pues, el conflicto de estas muchas Constituciones, que coexistían en unas mismas páginas, implica toda suerte de dificultades y desafíos. Paradójicamente, será un tribunal constitucional, institución transplantada de los países del primer mundo, quien tendrá la labor de escindir los elementos adecuados para un desarrollo de las libertades humanas, y fijar el alcance del proyecto modernizador que la Constitución dejó planteado. La Corte Constitucional será entonces la llamada a definir el concepto de Desarrollo que el país habrá de adoptar, y a través de su labor interpretativa deberá encontrar una armonía en tantos, y a veces tan disímiles, mandatos constitucionales.⁸⁵ Se abre, para ella, la posibilidad de enfocar el Desarrollo hacia otras metas diferentes a las del discurso tradicional en que los países poderosos lo han encasillado. La Constitución, como se ha dicho, creó un amplio marco de referencia en el que tanto la realización igualitaria de las libertades humanas como la tolerancia y el respeto por los diferentes proyectos de vida tienen cabida. Veamos, entonces, cómo ha sido hasta hoy el desempeño de la Corte Constitucional en su labor guardiana de la Carta Política; en su tarea que, en el fondo, se traduce en mejorar la calidad de vida de los habitantes de Colombia.

⁸⁵ Así lo vislumbró el mismo presidente Cesar Gaviria, quien planteó estas preguntas en la Asamblea Nacional Constituyente: “¿A quién le van ustedes a confiar la tarea de impulsar en la próxima década las innovaciones constitucionales que surgirán del seno de esta Asamblea? ¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y el que la adapte a la realidad dinámica de Colombia?” y acto seguido respondió: “Pensemos en el futuro. La Nueva Constitución requiere, para su cabal aplicación, un nuevo sistema de control de

CAPITULO 3

CONSTITUCIÓN, CORTE CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO

A la Corte Constitucional no le fue encomendada una labor fácil. Su objetivo primordial era el de darle coherencia a un texto constitucional tan prolijo como el que surgió de la experiencia de 1991. De tan heterogénea fusión de elementos, esta corporación tendría que ir discerniendo una esencia común, para ajustar todo el ordenamiento jurídico a unos preceptos generales que, en teoría, habían emanado de la voluntad superior del pueblo entero. Las contradicciones a las que tendrían que enfrentarse sus magistrados eran de todo orden: divergencias filosóficas en torno a valores como la igualdad y la libertad, disonancias políticas en torno al alcance de la intervención del Estado en la orbita privada, inconsistencias lógicas entre las mismas normas, y otras tantas dificultades.⁸⁶

Además de complicada, su labor sería copiosa. Al ser la Constitución un marco general de regulación que pretendía abarcar todos los campos de la dinámica social, los asuntos que llegarían a sus estrados abarcarían desde la demanda de un anciano a quien los administradores del edificio le impedían hacer uso del

constitucionalidad", citado por: Manuel José Cepeda, *La Constitución en la Corte Constitucional*, Bogotá, p. 9.

ascensor, hasta el estudio minucioso de una política nacional de seguridad. En el fondo, su labor sería la misma en todos estos casos: realizar unos principios constitucionales que, como se vio, intentaban mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y hacer de estos unos agentes autónomos que buscaran por sí mismos los objetivos que tuvieran razón de promover. Para hacer esto, contaba con una Constitución que incluía más de cien artículos dedicados a reconocer derechos y garantías sociales y que, a diferencia de la Constitución preexistente, tenía una “vocación de aplicación judicial”, al declarar expresamente que sus mandatos primaban sobre las demás normas del ordenamiento, lo cual favorecía cierto activismo judicial.⁸⁷

En este capítulo se estudiará la manera como la Corte ha intentado definir y darle alcance a los derechos constitucionales a la educación y la salud, con el fin de determinar la manera en que los presupuestos igualitaristas de la Constitución han sido desarrollados por su jurisprudencia. Posteriormente, se hará un análisis de la labor de la Corte en la construcción de un Estado postmoderno, a través de los fallos en que ésta se ha enfrentado a temas relativos al pluralismo y la diversidad. Para esto, se esbozarán las diversas

⁸⁶ Como ejemplo de esto último, la Constitución comenzaba por establecer una República unitaria, y pocas líneas más abajo se proclamaba pluralista y reconocía la diversidad de la Nación.

⁸⁷ Véase: Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Conciencias, Bogotá, p. 297.

críticas de que ha sido objeto la corporación y, cuando sea procedente, se refutarán con argumentos igualitaristas o pluralistas. El objetivo final es discernir el concepto de Desarrollo que la Corte ha manejado y evaluar el éxito que haya tenido en su consecución.

3.1 Igualitarismo de corte constitucional

En esta sección se estudiará la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en dos casos paradigmáticos, que aluden ambos a la protección de derechos sociales prestacionales, es decir, implican *“una decisión respecto de una prestación económica o social por parte del juez”*⁸⁸. El primero caso tiene que ver con el derecho a la educación y, en concreto, con las tutelas interpuestas por estudiantes escolares, o por sus padres, en contra de las instituciones educativas donde ellos cursan sus estudios, para ordenarles que, a pesar de no haber pagado la matrícula académica por incapacidad económica, les permitan terminar los años lectivos y recibir los certificados de estudio concernientes. El segundo caso se refiere al derecho a la salud y está dado por las demandas de tutela interpuestas en contra de entidades prestadoras de salud para ordenarles que, a pesar de no haber cotizado al régimen de seguridad social en salud durante las semanas que la ley exige, les otorguen los medicamentos y los tratamientos que

requieren en virtud de las enfermedades catastróficas que padecen, pues afirman no contar con los medios económicos para sufragar tales necesidades.

En estos casos, así como en otros tantos en que se pide la protección de derechos sociales prestacionales, la Corte tuvo que sortear una dificultad inicial. Era preciso establecer la procedencia del amparo judicial a este tipo de derechos que, desde la tradición liberal del Estado de Derecho, eran simples postulados del constituyente que consagraban derechos subjetivos, pero que sólo se harían efectivos en la medida en que el legislador los desarrollara y garantizara de manera específica.⁸⁹ Para resolver esta dificultad, la Corte acudió al artículo 94 de la Constitución, el cual establece que su enumeración de los derechos fundamentales no es taxativa y permite que otros derechos inherentes a la persona humana sean protegidos a través de la tutela. Tras estas precisiones, la Corte empezó a decantar su jurisprudencia en materia de protección de derechos

⁸⁸ Definición dada por Mauricio García en: “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficiencia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano” en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Conciencias, Bogotá, p. 464.

⁸⁹ A este respecto véase Mauricio García, op. cit.. Según este autor, “*Las normas constitucionales que consagran derechos pueden tener la forma de reglas o de principios. Las reglas consagran derechos definitivos mientras que los principios sólo postulan derechos prima facie, esto es, derechos que no se aplican de manera inmediata sino luego de un ejercicio judicial de ponderación con otros derechos y otros principios en las circunstancias fácticas del caso*” y luego dice: “*Al ser sólo derechos prima facie, las cartas constitucionales de derechos sociales dicen proteger más derechos de los que en realidad están en capacidad de proteger*”. op. cit., p.p. 457-458.

sociales, y en el tema de la salud y al educación es donde la Corte ha ejercido un mayor activismo jurídico.⁹⁰

Tras enunciar las referidas líneas jurisprudenciales, se estudiarán las críticas que esta actitud judicial le ha suscitado a la Corte, y luego se esgrimirán algunas réplicas, analizando el carácter igualitario de estas decisiones y señalando la manera en que ellas encauzan el Desarrollo del país hacia un nuevo norte.

3.1.1 Capacidad de sumar y leer

Desde sus inicios, la Corte Constitucional tuvo que enfrentarse reiteradamente a acciones de tutela interpuestas por particulares contra instituciones educativas, con el argumento de que les estaban vulnerando su derecho a la educación al no entregarles los certificados de notas, acta de grado u otros documentos necesarios para continuar sus estudios, por no haber cancelado la totalidad de las matrículas. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-573/95⁹¹, la Corte estudió una tutela interpuesta por una alumna de último grado en un colegio privado a quien

⁹⁰ “Por activismo judicial se entiende precisamente la asunción de funciones legislativas de diseño y coordinación social a través de decisiones judiciales, en contravía de las imágenes pasivas del juez canónicamente representadas en teoría política por los escritos de Montesquieu o Voltaire” Diego Eduardo López, *El Derecho de los Jueces*, Temis, Bogotá, 2002, p. 31.

⁹¹ M.P. Fabio Morón Díaz.

no le querían entregar los documentos necesarios para continuar sus estudios superiores, porque sus padres no habían pagado los estudios.

La Corte decide que se vulneró el derecho fundamental a la educación, y que el colegio tiene la obligación de expedir y entregar los documentos requeridos por la tutelante, para que pueda continuar con sus estudios superiores. Se destaca el siguiente aparte, extraído de la sentencia T612 de 1992. *“Pues si bien es cierto que los planteles educativos tienen derecho a recibir los pagos de matrículas, pensiones, etc, provenientes de la ejecución del contrato educativo no es menos cierto que resulta contrario a la propia naturaleza impuesta por el nuevo orden constitucional a esta clase de contratos, que la exigibilidad de dichos pagos tenga como elemento adicional la posibilidad de retención del resultado de la actividad educativa del educando, hasta cuando se produzca la aludida solución crediticia.”*

La Corte hace una valoración de los bienes en conflicto -derechos patrimoniales de la institución y derecho a la educación de la alumna- y afirma que debe prevalecer el segundo *“sin perjuicio de que exista el del educador, y con ello los medios jurídicos para hacerlo valer.”*, por tratarse de un interés jurídico más relevante. Termina diciendo que la institución educativa cuenta con otros mecanismos para garantizar el pago y que, no obstante la decisión tutelada, los padres no se libran de la obligación de pagar lo adeudado.

Mas adelante, en la Sentencia T-037/99⁹², se estudia una tutela interpuesta por una madre que se retrasó por tres meses en el pago de la pensión escolar de su hija, haciendo que la Rectora del colegio le informara directamente a la niña que no podía volver al Colegio. En este caso, la Corte establece una distinción entre dos situaciones diversas: *“a) cuando el establecimiento educativo se niega a recibir para el año escolar del siguiente período, al menor cuyos padres, o familiares responsables, han incurrido en mora en el pago de pensiones; y, b) cuando se interrumpe, durante el año lectivo, el acceso del estudiante al establecimiento, también por mora en el pago de pensiones.”* y afirma que sólo en el segundo caso hay violación del derecho a la educación, en virtud de las dificultades que esto le generaría al educando para obtener un cupo en otro colegio, y las repercusiones negativas de tal cosa en su proceso de formación. Tras esto, otorga el amparo de tutela y le reprocha al colegio el haber instrumentalizado a la menor, al supeditar la posibilidad de continuar sus estudios al pago que efectuaran sus padres. Por último, se reitera que el amparo tutelar no releva a los padres de las obligaciones económicas que tengan o puedan tener con el Colegio demandado.

Esta línea jurisprudencial que comenzaba a esbozar la Corte no tardó en generar un efecto negativo, pues los padres de familia se acogían a ella para no pagar la

educación de sus hijos, cometiendo lo que la Corte denominó “abuso de sentencia”, en correlación con el abuso del derecho. Por tal razón, la Corporación se vio obligada a modular el alcance de la protección y, en la Sentencia SU-624/99⁹³, decidió negar una tutela semejante a la de los casos anteriores, por considerar que los padres sí tenían los medios para sufragar los gastos de la educación de su hija y hacían de la tutela una disculpa para su incumplimiento. Para llegar a esta decisión, la Corte expresó las siguientes consideraciones:

“Es repudiable que un padre le dé a su hijo un mensaje de incumplimiento, de mala fé, de la prevalencia de las necesidades innecesarias sobre la educación, y, lo que es mas grave: que deje en el hijo la idea de que hay que aprovecharse de los demás (del padre de familia que sí paga, de los maestros que le enseñan, del juez que lo protege); es decir, abusaría del derecho propio con el cínico aprovechamiento de quienes sí cumplen con su deber.

Por otro aspecto, esa cultura del no pago afecta el equilibrio financiero de una educación privada, que la misma Constitución permite, y esto a la larga afecta el sistema en detrimento de quienes sí son responsables en sus compromisos.”

⁹² M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Con una visión mucho más consecuencialista de sus fallos, la Corte moduló la protección a la educación, en el tema de entrega de notas, limitando la protección a aquellos casos en que los proveedores de la familia logren demostrar debidamente la ocurrencia de un hecho que afecte gravemente sus economías. Es decir, les impuso a los padres una alta carga probatoria, para demostrar la incapacidad sobreviviente de pago y, así, evitar el abuso de la jurisprudencia. En sus pronunciamientos posteriores sobre esta materia, la Corte ha entrado a estudiar con detalle el acerbo probatorio en aras de establecer si las dificultades económicas planteadas por los padres son realmente existentes.

3.1.2 Capacidad de vivir sano

La Corte Constitucional, en Sentencia C-112/98⁹⁴, declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que autoriza el establecimiento de períodos mínimos de cotización para el acceso a la prestación de algunos servicios de salud de alto costo. No obstante, en el mismo fallo, esa Corporación precisó que en el evento en el que la atención de enfermedades denominadas como catastróficas o ruinosas requiera ser prestada de manera inmediata, por estar en riesgo la vida del afiliado o de sus beneficiarios, todas las entidades de salud de carácter público o privado están obligadas a prestar los servicios médicos a todas las personas, independientemente de su capacidad de

pago, sin exigir en estos casos períodos mínimos de cotización. Se afirma en la sentencia que lo contrario “(...) violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de ‘alto costo’, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha mantenido este lineamiento, protegiendo en innumerables ocasiones el derecho a la salud y la vida de personas con enfermedades catastróficas que no han cumplido con los requisitos mínimos de cotización exigidos. Incluso, tras la expedición del Decreto 806 de 1998 que establece que cuando el afiliado requiera ser atendido antes de cumplir el plazo mínimo de cotización, deberá pagar el porcentaje correspondiente a las semanas que le falten para completar los períodos mínimos de cotización exigidos, la Corte ha ordenando el suministro de medicamentos a personas que no cumplen con los requisitos del Decreto, argumentando que ninguna reglamentación legal o administrativa puede impedir el goce efectivo de los derechos constitucionales.⁹⁵

⁹⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁵ El artículo 61 del Decreto 806 de 1998 dice así: “Cuando el afiliado sujeto a periodos mínimos de cotización desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los periodos mínimos contemplados en el presente artículo.

En Sentencia T160/01⁹⁶, la Corte hizo alusión expresa al artículo 61 del Decreto citado planteando el siguiente interrogante: *“Significa lo anterior que ha quedado suprimida la opción de exigirle a la EPS el cubrimiento del servicio, por parte del cotizante que no tenga fondos? Y, que el único camino es acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato?”*

En respuesta a lo anterior, y basándose en los principios de continuidad y eficacia, la Sentencia hizo una distinción entre las situaciones en las que no está de por medio la vida, para las cuales *“surge la nueva opción reseñada en el decreto 806 de 1998, en el sentido de acudir a las instituciones públicas o a las privadas con las cuales el Estado tenga contrato, siempre y cuando no se hayan cumplido las cien semanas”* y aquellos casos en los que efectivamente está de por medio la vida, afirmando que en tales eventos *“la urgencia y gravedad no exoneran a la EPS de dar el tratamiento señalado y la droga recetada, aunque no se hubieran cumplido las cien semanas. Si tratamiento y droga forman un conjunto indivisible en cuanto se requiere la una para el otro, no puede la EPS*

“Cuando el afiliado cotizante no tenga capacidad de pago para cancelar el porcentaje establecido anteriormente y acredite debidamente esta situación, deberá ser atendido él o sus beneficiarios, por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato. Estas entidades cobrarán una cuota de recuperación de acuerdo con las normas vigentes.”

⁹⁶ M.P. Fabio Morón Díaz.

alegar que el paciente cuya vida corre peligro tenga que acudir a un procedimiento extraño e ir a reclamarle directamente al Estado.”. Por lo anterior, el fallo reitera la jurisprudencia trazada en la T-347/96 y la T-260/98, en el sentido de utilizar la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Carta, para inaplicar las disposiciones que puedan ser violatorias de los derechos constitucionales a la salud y la vida.

Esta jurisprudencia ha sido de gran importancia para proteger los derechos de los enfermos de Sida, enfermedad que se cataloga como catastrófica y cuyos tratamientos implican unos altísimos costos, a quienes la sociedad tradicionalmente les ha cerrado las puertas. Así, en múltiples decisiones posteriores, la Corte Constitucional ha ordenado expresamente la inaplicación del artículo 61 de la ley 806 de 1998, para casos concretos en los que esta población ha solicitado el amparo constitucional por vía de tutela.⁹⁷ La protección de los enfermos de Sida se ha extendido a otras orbitas, como la de las relaciones laborales, en las que la Corte ha interferido para enmendar una discriminación social y laboral de la que éstos han venido siendo objeto. Así, en la sentencia SU-256/96 protegió los derechos fundamentales de una persona que había sido despedida de su trabajo, recibiendo una indemnización económica, por ser portadora del virus del SIDA. La Corte dijo que en este caso el deber de

solidaridad iba mucho más allá del otorgamiento de una indemnización, y que el trato discriminatorio lesionaba la dignidad del trabajador. *“Todos estos derechos, y el deber correlativo de solidaridad, sólo se podían ver justamente respetados preservando al trabajador en su cargo, o trasladándolo a otro de igual o mejor nivel dentro de la entidad, si se consideraba la inconveniencia de mantenerlo en el oficio que venía desempeñando”*⁹⁸.

3.1.3 Críticas al Estado asistencial

La discusión sobre los conceptos de Desarrollo y justicia, referida a lo largo de este trabajo, cumple acá, nuevamente, un papel protagónico. Nociones como las de eficiencia, maximización y progreso, subyacen al concepto de Desarrollo que defienden los economistas y dan origen a una serie de críticas tendentes a desacreditar la intervención de la Corte en cuestiones económicas por cuanto esta reduce la eficiencia en la asignación de los recursos, obstaculiza la maximización del bienestar e imposibilita el progreso de la nación. La intervención de la Corte Constitucional en asuntos económicos, que ha escandalizado a tantos economistas, es, en términos generales, el tópico que más polémicas ha suscitado en torno a la nueva Constitución Política. Si bien es

⁹⁷ Como por ejemplo en las sentencias T1003/99 (M.P. José Gregorio Hernández), T398/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-1604/00 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-114/01 (M.P. Martha Victoria Sáchica), T-298/01 (M.P. Clara Inés Vargas). T-113/02 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

⁹⁸ Sentencia SU-256/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

cierto que la Corte ha enfrentado pugnas de tipo político, jurídico y filosófico con las demás ramas del poder público y con algunos sectores de la sociedad civil, también es verdad que las controversias sobre cuestiones económicas, por su fuerte impacto social y por la manera en que repercuten en la concepción misma del Estado, han sido el eje central en torno al cual ha girado la discusión sobre la labor de la Corte. Y es que en su tarea de proteger los derechos fundamentales y propugnar por el establecimiento del Estado Social de Derecho, la Corte ha proferido un sinnúmero de fallos con elevadas implicaciones económicas a cargo del erario público o, incluso, de agentes de carácter privado. Este tipo de decisiones, que eran impensables a la luz de la Constitución de 1886, han ido generando una nueva concepción del papel de los jueces, y han reestructurado el esquema clásico de los poderes.

Para la mayoría de los economistas, al intrometerse los magistrados en asuntos económicos se están atribuyendo funciones técnicas que le competen a otros entes especializados y autónomos, como el Banco de la República, obligando a estos últimos a tomar decisiones de baja calidad que frenan el desarrollo económico. Al intervenir en economía, afirman igualmente los críticos, la Corte desatiende factores esenciales, como la restricción presupuestal o las posibles consecuencias macroeconómicas de una decisión. Asimismo, fomenta la inseguridad jurídica, en desmedro directo de la inversión privada; impone un modelo propio de Desarrollo, generando una excesiva rigidez en el manejo de

la economía; y erosiona la participación democrática, pues los electores se abstendrán de votar al notar que son los jueces, y no los legisladores ni los ejecutores, quienes mejor garantizan sus intereses particulares.⁹⁹

Otros economistas sostienen una posición diferente, argumentando que la culpa no la tiene la Corte sino la Carta, es decir, que existe un excesivo grado de complejidad y ambigüedad constitucional y que, por ende, las interpretaciones de la Corte sobre cuestiones económicas, por desatinadas que puedan parecer, no constituyen “*argumentos lunáticos desligados de lo que con justa causa, una persona razonable podría llamar el ‘espíritu’ de la Constitución de 1991*”¹⁰⁰

Uno de los críticos más acérrimos de la labor de la Corte Constitucional ha sido Salomón Kalmanovitz.¹⁰¹ Según este economista, la Constitución del 91 cambió la orientación económica que imperaba en el país, dando paso a un Estado menos paternalista y que propugna por un incremento de la libertad económica. Así, dice, se pasó de una forma de Estado tradicional, y católico, legado de la colonización española, en el que los individuos eran tratados como niños y el Estado omnipotente los protegía en todos los campos, a un Estado Moderno y

⁹⁹ Rodrigo Uprimmy recoge estas críticas y ofrece argumentos contra cada una de ellas en: “*Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*”; Revista de Derecho Público No 12, Uniandes.

¹⁰⁰ Alberto Carrasquilla. “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico” en Revista de Derecho Público No 12, Uniandes, Bogotá, p.20.

secular, con una clara división de poderes, una banca central autónoma y unos ciudadanos capaces de limitar el poder de sus gobernantes. Pero desde la misma asamblea constituyente se sembraron los obstáculos para la realización de este cambio, pues ciertos sectores políticos defendieron la tradición española, centralista y de tono paternal, con un acento en los derechos ciudadanos y una mención muy escueta de sus deberes, en detrimento de las metas de modernización y democratización deseadas, cuya obtención sólo puede producirse cuando los ciudadanos asuman un comportamiento libre, responsable y autónomo. Tras decir esto, Kalmanovitz afirma que la Corte Constitucional se ha encargado de dificultar la realización del proyecto modernizador, por la manera paternalista como ha interpretado la Carta, en favor de los deudores y los trabajadores y en desmedro del interés general. La Corte, en síntesis, ha imposibilitado la constitución de un Estado capaz de hacer efectivos los principios de la democracia liberal.

Tal cosa ha tenido lugar por la interferencia de la Corte en cuestiones económicas, a través de decisiones en las que ordena asignaciones de gasto público sin tener cuenta que al hacerlo está liquidando la posibilidad de otorgar

¹⁰¹ Se recogen las críticas contenidas en: “Constitución y modelo Económico”, en: *El debate a la Constitución*, ILSA, Bogotá, 2002, y “Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional”, en *Revista de Derecho Público* No 12, Uniandes, Bogotá.

justicia.¹⁰² Según el liberalismo, la adjudicación judicial debe ser “objetiva” y en la defensa de los derechos de propiedad no debe inclinarse por ningún grupo específico, sino velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, opina Kalmanovitz, la Corte ha mostrado una clara inclinación por defender a trabajadores y deudores, asumiendo una función de clase, que ha llamado discriminación positiva, y está fundada en la idea de la reparación histórica, pese a que se apoya en una visión distorsionada de la historia, según la cual la actitud aventajada y explotadora de los empleadores y de los agentes del sistema financiero hace parte de su propia naturaleza. Como resultado de estas tendencias de la Corte, continúa el autor, se han producido una serie de consecuencias perjudiciales para el desarrollo económico del país, como la disminución estructural del empleo, el incremento en la inflación, la desprotección de ciertos sectores económicos, el fomento de la cultura del oportunismo y el no pago, el aumento de los costos de transacción y de la ineficiencia, así como la inviabilidad de las finanzas públicas.¹⁰³

Se destaca también de este planteamiento la idea de que la Constitución de 1991 quiso generalizar las garantías sociales, como el derecho a la salud, pero

¹⁰² De los fallos de la Corte en cuestiones económicas (se destaca la sentencia C-747/99 sobre la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses para vivienda) se deduce su particular concepción del individuo, como un ser inofensivo que se encuentra amenazado por los poderes maléficos de un Estado opresor y un sistema capitalista y que, como tal, debe ser protegido. Esta visión no permite la justicia ni el progreso porque lleva a la Corte a desconocer las restricciones presupuestales y a deteriorar las instituciones por el continuo cambio al que las somete en su intento por favorecer a unos grupos determinados.

tal cosa no se pretendía alcanzar de la noche a la mañana, pues los mismos constituyentes reconocían que este es un país pobre en el que gran parte de la población trabaja en condiciones precapitalistas e informales. Por tal razón es loable que la Corte intente la generalización del servicio de salud, pero esto se logra haciendo que los cuarenta millones de habitantes coticen a un servicio universal, y no ordenando costosos tratamientos médicos para personas que no cotizan en el sistema de salud, con lo cual se está incentivando que la gente no cotice, sino que acuda a los juzgados en busca de salud gratuita. Con sus fallos, la Corte ha generado una cultura del no pago, presumiendo que el 100% de los padres de familia, los usuarios del servicio de salud y los deudores no tenían capacidad de pago, a costa de colegios, hospitales y entidades financieras. Así no sólo pone en riesgo a las instituciones, sino a los mismos ahorradores y beneficiarios de estas, que sí cumplen sus obligaciones.

Aparte de esto, sostiene Kalmanovitz que los artículos 1º y 2º de la Carta, al señalar la prevalencia del interés general y consagrar como fin esencial del Estado la promoción de la prosperidad general, imponen una definición de eficiencia de tipo utilitarista: *“una política es eficiente, en sentido económico, cuando el mejor uso de los recursos eleva el bienestar de una mayor parte de las personas afectadas”*.¹⁰⁴ Desde esta óptica, la decisión de la Corte de proteger a

¹⁰³ Véase: Salomón Kalmanovitz, “Constitución y modelo Económico” op. cit., p.p. 140-144.

¹⁰⁴ Salomón Kalmanovitz, *Ibidem*, p. 141.

los estudiantes y a los enfermos catastróficos que no cuentan con recursos para sufragar los servicios públicos requeridos sería claramente ineficiente, y por ende inconstitucional, en tanto que *“despilfarra recursos, entrega menos bienes públicos y puede favorecer a un grupo de personas pero disminuye el bienestar de las personas así excluidas del disfrute de los bienes públicos”*.¹⁰⁵ Sentencias como estas, que impiden que las víctimas de incumplimiento contractual hagan valer sus derechos, o le exigen asumir unos costos adicionales, son para los neoliberales deformaciones de un ideal de justicia eficiente y le ponen freno al Desarrollo del país. Desde la perspectiva liberal clásica, por otra parte, se trataría de una intromisión inaceptable del Estado en el ámbito privado de las personas, en detrimento directo de la libertad de estas para organizarse. Desde la óptica libertaria, la Corte Constitucional estaría auspiciando la violación del derecho natural de las instituciones educativas y hospitalarias a disponer libremente de los bienes a que hayan accedido de manera justa y, en consecuencia, podría llegarse a sindicarse a la Corte como cómplice de hurto. Desde muchas perspectivas, estas decisiones convierten a los ciudadanos en simples pacientes de la asistencia estatal, engendrando una sociedad de siervos antes que una sociedad de hombres libres.

¹⁰⁵ Kalmanovitz equipara eficiencia y promoción de la prosperidad, citando a North, para quien existe eficiencia política cuando *“el gobierno democrático le brinda a una creciente proporción de la población acceso al proceso de la toma de decisiones, elimina la capacidad caprichosa del soberano a confiscar riqueza de sus súbditos y desarrolla el cumplimiento obligatorio de los contratos por una tercera parte, en manos de un poder independiente”*. Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*, citado por Kalmanovitz, op. cit., p. 141.

Una crítica más aguda, propia de la corriente utilitarista, desdeñaría la protección otorgada a quienes padecen de enfermedades catastróficas, por cuanto son personas que están cercanas a la muerte y no es claro cual sea el beneficio social de invertir en ellas. Con el dinero que se destina a los medicamentos de estas personas, podrían satisfacerse las necesidades alimenticias de algunos otros, lo cual reportaría una utilidad social mucho más alta.

Finalmente, un miembro de la junta directiva del Banco de la República afirma que al hacer un balance del Estado que surgió con la nueva Constitución se logra ver que se han alcanzado grandes progresos sociales en materias como educación y salud, con un incremento vertiginoso en la cobertura de estos servicios durante los años noventa. Acto seguido, el autor manifiesta su preocupación por la posibilidad de que los fallos de la Corte Constitucional obstruyan este progreso, en la medida en que desvíen los recursos hacia la protección de unos pocos, perjudicando la cobertura global que atiende al interés general. *“Dadas las limitaciones de recursos, los programas se han concentrado en la provisión de unos mínimos vitales en educación y salud, aplicados a través de las transferencias fiscales hacia los territorios (...) Es claro que si estos recursos públicos se desvían hacia programas para unos pocos (el caso de la educación superior o el caso de las enfermedades*

catastróficas), su impacto social y masivo terminará por diluirse y perderse los importantes progresos hasta ahora alcanzados.”¹⁰⁶

3.1.4 Réplicas del Estado Social

Desde un enfoque diferente de justicia, en el que no predomine el interés de la mayoría, sino la igualdad real de las personas para forjarse un proyecto autónomo de vida y acceder a él, la educación y la salud no serán reducidas a bienes que reportan beneficios económicos, sino que serán entendidas como unos funcionamientos esenciales de los hombres, capaces de ampliar sus capacidades para actuar libremente. En este entendido, el derecho a la educación, aunque se encuentre consagrado entre los derechos sociales, pertenece a la categoría de los derechos fundamentales, pues a través suyo se realiza el desarrollo pleno del ser humano, mientras que el derecho a la salud se vincularía a estos últimos, por conexidad directa con el derecho a la vida.¹⁰⁷ De esta manera, la garantía constitucional de igualdad sustancial, aparejada a los

¹⁰⁶ Clavijo, Sergio, “Fallos y fallas de las altas cortes: el caso de Colombia”, en: Revista de Derecho Público No. 12, junio de 2001, ediciones Uniandes, p. 35.

¹⁰⁷ La Corte Constitucional ha sostenido lo primero, afirmando que “*el derecho a la educación participa de la naturaleza de fundamental porque resulta propio de la esencia del hombre, ya que realiza su dignidad y, además, porque está expresamente reconocido por la Carta Política y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia*”, sentencia T-202/00, M.P. Fabio Morón Díaz. En cuanto a lo segundo, ha señalado que “*Cuando la situación apareja una conexidad directa e inmediata con el derecho a la vida, el derecho a la salud viene a compartir el carácter fundamental y a integrar el poder indispensable para exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado*”, sentencia T-312/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

derechos fundamentales a la educación y a la vida, junto con el deber constitucional de solidaridad, implican una obligación activa para el Estado y la sociedad colombiana, encaminada a satisfacer las necesidades correspondientes de la población y permitir que todas las personas tengan acceso a estos bienes, como elementos indispensables para realizar la libertad. Aprender a leer y a sumar, así como vivir libre de enfermedades y dolores, son funcionamientos humanos esenciales, sin ellos, mal podría hablarse de libertad, y quienes carecen de las capacidades básicas que tales bienes otorgan no son, desde el principio, sujetos activos y libres para forjarse su destino y contribuir al progreso social, sino siervos oprimidos por un sistema que les niega el acceso a las condiciones materiales mínimas que la libertad exige.

Así lo ha entendido la Corte al sostener, por ejemplo, que el ejercicio de la educación *“es uno de los elementos indispensables para que el ser humano adquiera herramientas que le permitan en forma eficaz desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor y ampliar sus conocimientos a medida que se desarrolla como individuo”*.¹⁰⁸ Pero la educación es también un instrumento para la solución de otros problemas que afectan a los hombres y entorpecen el desarrollo, en términos de calidad de vida. Tal ha sido el enfoque reciente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que ha adoptado la noción de

desarrollo como libertad propuesta por Sen, y en un Informe de Desarrollo Humano del año 2000 sostiene que *“En el estado indio de Kerala, gracias a la educación superior y a la conciencia política, se obtuvieron logros cruciales en materia de salud, superando incluso a los obtenidos en estados con un mayor nivel de gastos en salud per cápita y más lechos de hospitales por habitante”*¹⁰⁹, esto se suma a los beneficios que la educación ha arrojado en materia de control demográfico, donde las tasas de natalidad se han reducido a partir de programas educativos que concientizan a las mujeres jóvenes y amplían su libertad de elección.

Sin salud ni educación, adicionalmente, la deliberación colectiva que le da sustento a la democracia nace viciada. Muchas personas, por circunstancias que escapan a su responsabilidad, se ven privadas de acceder a los servicios educativos y de salud para adquirir una serie de funcionamientos, como el conocimiento del orden institucional, la facultad de concentrarse, el criterio para valorar decisiones públicas, o la simple posibilidad de leer una propuesta. Tal cosa reduce sus capacidades políticas y la obliga a resignarse con las decisiones impuestas por otros. Una sociedad en la que cerca del 8% de los mayores de 15 años no saben siquiera leer y más del 12% de los habitantes no tienen acceso a los medicamentos esenciales no puede pretender que la

¹⁰⁸ Sentencia T-543/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰⁹ Citado en el Informe Sobre Desarrollo Humano para Colombia 2000, p. 13.

asistencia del Estado en la solución del problema configure una restricción de las libertades y convierta a los ciudadanos en receptores pasivos de prebendas.¹¹⁰ Por el contrario, para que las personas se conviertan en “agentes” libres, en sujetos con capacidad para tomar decisiones morales y asumir responsabilidades éticas, es necesario proporcionarles unas capacidades básicas a las que, por razones que escapan a su responsabilidad, como su insolvencia económica o la de sus padres, no han podido acceder. No es cierto que la labor de la Corte erosione la participación democrática, por el contrario, y en la medida en que logre garantizarle a las personas sus capacidades básicas, es posible que muchos de ellos, a quienes la ignorancia o las restricciones de salud les habían venido impidiendo la participación en el debate político, se acerquen por primera vez a este en calidad de agentes activos. De otra parte, antes que ser una crítica a la Corte, este argumento atacaría a las instancias de decisión política, cuyas omisiones al momento de legislar son las que obligan a la Corte a ejercer la defensa de las clases oprimidas. Para evitar esto, sería necesario que los órganos estatales competentes cumplieran con sus funciones de manera eficiente.

¹¹⁰ El índice de analfabetismo en personas mayores de 15 años, para el año 2000, era de 7.5%. Véase: www.mineducacion.gov.co. La información sobre la salud proviene del periódico *El Tiempo*, miércoles 11 de julio de 2001, en: <http://www.undp.org/hdr2001/spanish/hdrinnews/col/eltiempo.pdf>

El Desarrollo no será el producto de un sistema educativo y de salud montado sobre la base del enriquecimiento privado, sino de uno que asuma la función social que le imprime la Constitución y comprenda que entre los colombianos existe un deber de solidaridad que debe moverlos a ofrecer una ayuda a los desaventajados en determinadas situaciones. No se trata, por supuesto, de erradicar la educación y la salud privadas, ni de obligar a los colegios a mantener estudiantes que no paguen la matrícula; se trata de que el Estado amplíe la cobertura y la calidad de los servicios públicos de educación y salud subsidiados y de que, mientras el gobierno materializa los mandatos constitucionales que garantizan estos derechos (no como una obligación impositiva para todos, sino como una facultad para quienes quieran acceder a ellos), la sociedad asuma un compromiso solidario con aquellos a quienes la mala fortuna los ha privado de ciertas capacidades elementales.

En este entendido, las decisiones de la Corte se ajustan a los preceptos de la Carta y contribuyen directamente al Desarrollo del país porque, aun cuando puedan acarrear unas implicaciones fiscales negativas, el espíritu que alienta estas decisiones es el de ampliar las libertades individuales de todos los ciudadanos, para crear una sociedad de agentes que sean capaces de definir el progreso deseado y de trabajar solidariamente en alcanzarlo. La noción de Desarrollo no es una variable cuantitativa, sino más bien un concepto cualitativo que emerge de garantizar los postulados esenciales plasmados por el

constituyente primario, y el hecho de que la Corte le imponga a los encargados de manejar la economía un modelo de Desarrollo no es una cuestión criticable sino favorable, en la medida en que la Corte logre discernir la noción de Desarrollo que se esconde tras los ambages del texto constitucional.

A la Corte se le tacha también de populista por la insensibilidad hacia las consecuencias de decisiones como éstas, en las que los beneficiados son claramente discernibles, mientras que los afectados pueden ser un sector difuso, como la sociedad en general cuando se condena a instituciones oficiales. Desde el enfoque utilitario, la decisión correcta sería la de negar la tutela, porque de lo contrario se estaría reduciendo la utilidad general. Pero si el criterio de decisión de la Corte fuera el de la valoración predictiva de las consecuencias, esta quedaría reducida a un órgano de carácter político y la garantía de los derechos fundamentales se tornaría ilusoria. *“¿O imaginen ustedes en que quedan los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente, por el temor a las reacciones sociales pro un fallo absolutorio, o de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal?”*¹¹¹. Esto no significa, tampoco, que la Corte deba ser absolutamente insensible a sus decisiones, porque tal cosa puede ocasionar perjuicios de mayor entidad a los que se busca

¹¹¹ Rodrigo Uprimmy, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en: *Revista de Derecho Público*, No 12, Uniandes, Bogotá, junio de 2001.

reparar.¹¹² Lo que debe hacer el juez, volviendo a Sen, es un análisis “sensible a las consecuencias”, pero no un análisis “totalmente consecuencialistas”.¹¹³ Y esto es lo que parece haber hecho al Corte en el caso de la educación.

Un análisis totalmente consecuencialista, al estilo del que sugiere Kalmanovitz, desdeña las decisiones adoptadas, por sus perversos efectos económicos. Los propios servicios públicos, según este enfoque, entran en peligro cuando se le dan prebendas a unos pocos, que tienen que ser asumidas por el bolsillo de todos los demás. Pero si el juez realizara valoraciones de este estilo, entonces en qué circunstancias sería válido proteger los derechos fundamentales, siendo que a toda decisión judicial se le puede atribuir una repercusión económica, y muchas veces ésta recae sobre el patrimonio público. El giro jurisprudencial que la Corte dio en la sentencia SU-624/99, en cambio, sí refleja una adecuada sensibilidad a las consecuencias, pues lo que se rebatía no era el hecho de otorgar o no la protección del derecho fundamental a la educación, sino las reglas que debían seguirse para que la gente no abusara de esta protección.

¹¹² En este sentido, la Corte se ha permitido modular el efecto de sus sentencias de constitucionalidad para, por ejemplo, diferir en el tiempo la inconstitucionalidad de una ley, de manera que se permita al Congreso adoptar las decisiones necesarias para suplir el vacío que quedaría en el ordenamiento jurídico con la salida de la norma en cuestión, y evitar unas posibles consecuencias negativas.

¹¹³ Amartya Sen, “Rights and Capabilities”, citado por Uprimny en: *op. cit.*, p. 162.

Por último, y con relación a la crítica utilitarista que desdeña la protección de las personas socialmente inútiles, cabe agregar que el argumento es totalmente inaceptable a la luz de la Carta Política, pues el respeto a la dignidad humana no establece privilegios para ninguna persona y, siguiendo esta vez los preceptos liberales, ningún individuo puede ser mediatizado para la consecución de un fin superior; los intereses individuales no pueden sacrificarse nunca ante el ideal abstracto del bienestar colectivo. Adicionalmente, y como explicaba Sen con la parábola de Annapurna, un enfoque de justicia basado en la calidad de vida de los individuos es particularmente sensible a las deficiencias que las enfermedades producen en las capacidades individuales.

3.2 Postmodernidad de corte constitucional

La diversidad cultural y el pluralismo son principios que no encajan en la lógica moderna de las verdades absolutas. La crítica postmoderna ha venido a cuestionar esas verdades y a reivindicar el valor de lo diferente. De esta manera, ha abierto un espacio a los grupos tradicionalmente discriminados, pues ha exigido que sus diferencias culturales, raciales, ideológicas, sexuales o de cualquier índole sean valoradas como iguales, por lo que han de ser protegidas y respetadas.

En esta sección se hará un estudio de la manera como la Corte Constitucional ha enfrentado el reto de valorar lo diverso, y de garantizar los derechos de las minorías marginadas. Para esto, se comentará la jurisprudencia en tres temas diferentes. El primero, será el de los homosexuales, que han abrazado los ideales del postmodernismo como una alternativa para la reivindicación de sus derechos y han acudido ante la Corte para que esta reconozca que la Constitución los incluye. El segundo, será el de la moral cristiana, como ejemplo de una presunción hegemónica que ha regido en la Colombia hispana desde sus orígenes y que ha llegado a infiltrarse en las instituciones nacionales. El último, será el de los indígenas, a quienes la Constitución les reconoció expresamente una serie de garantías, dándoles la facultad de autogobernarse y fijando mecanismos para que puedan luchar por sus derechos.

Tras esto, se realizará un análisis de la posición que ha asumido la Corte, valorándola a la luz de las premisas postmodernas, y comentando la manera en que su jurisprudencia ha contribuido a la realización de las libertades individuales, a la igualdad de los diferentes y a la consecución de un modelo de Desarrollo beneficioso para la nación.

3.2.1 Homofobia intolerante

Los homosexuales, como muchos otros grupos desaventajados, han salido a reclamar la reivindicación de sus derechos apelando al carácter pluralista de la Constitución. En este sentido, sin embargo, la protección otorgada por la Corte Constitucional ha sido muy tímida y en varias ocasiones ha perpetuado la exclusión de este grupo social, rechazando las posibilidades que la Constitución ofrece en materia de diversidad cultural y tolerancia hacia lo diferente, y adoptando una concepción homogeneizante de lo que debe ser la sexualidad humana.

Un primer conflicto de trascendencia se presentó con la demanda a la Ley 54 de 1990, que creó la sociedad patrimonial para compañeros permanentes, y que el actor consideró discriminatoria, en tanto que limitaba su alcance a las uniones formadas “*entre un hombre y una mujer*”. La Corte, mediante sentencia C-098/96¹¹⁴, tuvo que enfrentarse a la siguiente dificultad: de aceptar que la norma violaba la constitución por discriminar a las parejas homosexuales, tendría que revocarla, con lo que se esfumaría el amparo que el legislador había otorgado a las uniones maritales de hecho, grupos que también habían padecido una discriminación histórica con anterioridad a esta

¹¹⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ley. Por tanto, denegó la demanda y señaló que las pretensiones de la misma no eran tarea suya sino del legislador.

Posteriormente, en la Sentencia SU-623/01¹¹⁵, la Corte sí tuvo la opción directa de reivindicar los derechos de los homosexuales y, sin embargo, se rehusó a hacerlo. En esta ocasión negó una tutela interpuesta por un homosexual contra una E.P.S. que se había negado a afiliarlo como beneficiario de su compañero permanente. Para la Corte, *“a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución”*. Tal afirmación la sustentó en las motivaciones de la referida sentencia C-086/96, y en el artículo 42 de la Constitución que, en su opinión, restringe el concepto de familia a la unión libre de una pareja heterosexual, con lo que sostuvo que las normas que regulan el régimen contributivo de seguridad social en salud extienden la protección a la familia de los contribuyentes, por lo que, no siendo familia, no puede incluirse a los compañeros homosexuales.

En un sentido semejante, la sentencia C-814/01¹¹⁶ declaró la constitucionalidad de una norma que no les permitía a los homosexuales la adopción de menores.

¹¹⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Para empezar, la Corte ratificó que una lectura del artículo 42 de la Carta demuestra claramente que *“la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”*, significado que, a su juicio, se corroboraba con una interpretación histórica de las actas de la Constituyente, para lo cual se remitió a la exposición de motivos de la norma en su primera ponencia para debate. Tras esto, acudió nuevamente al antecedente de la sentencia C-086/96 y sostuvo que ya en esa ocasión se había dicho que la única familia aceptable a la luz de la Constitución era la heterosexual, desconociendo que los motivos para no conceder la demanda en esa ocasión fueron de orden formal, antes que el resultado de aceptar una discriminación en contra de los homosexuales. Finalmente, la Corte dijo que *“la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores.”*

La posibilidad de desarrollar las valiosas alternativas pluralistas que el postmodernismo había logrado infiltrar a la Carta de 1991 se vio en esta ocasión desaprovechada por una Corte Constitucional que no se inclinó por una posición homogeneizante de lo que debía ser la familia y excluyó de tajo toda

manifestación diferente. Sin embargo, en el seno de la misma Corte se presentaron opiniones disidentes que hicieron una lectura sistemática del espíritu de la Constitución y encontraron que el valor del pluralismo iba mucho más allá de lo que sus colegas habían considerado. Es el caso de los magistrados Cepeda, Córdoba y Montealegre quienes salvaron su voto en la sentencia C-814/01 argumentando que al hacer una lectura integradora de todo el texto constitucional quedaba en claro que *“una concepción amplia de familia coincide con el espíritu pluralista, democrático y respetuoso de la diversidad, que inspira a la Constitución de 1991. A diferencia de la Carta Política de 1886, el texto constitucional vigente no se comprometió con una visión cultural o religiosa que fuera asumida como “oficial” y excluyera a grupos o sectores sociales que no la compartieran. Contrario a lo sostenido por la Sala, la Constitución del 91 goza de un espíritu inclusivo; busca que todos los colombianos sean reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual o cualquiera que sea su visión del mundo, grupal o individual.”* Para estos magistrados, la decisión de la Corte no solo marginaba a los homosexuales, sino también a las múltiples comunidades que en Colombia mantenían formas diversas de organización familiar.¹¹⁷

¹¹⁷ Los magistrados hacen referencia a algunos grupos indígenas como los guajiros, los panares, los piaroas, los guahíbo, los motilones y los koguis, que practican la poligamia. Así mismo, alude a otras investigaciones *“que reportan casos e historias de vida concretos como el de Desidero Murillo, un choquano que tenía once mujeres”*.

De cualquier modo, la jurisprudencia en esta materia no ha sido unívoca. Así por ejemplo, en la sentencia C-481/98¹¹⁸, la Corte había decretado la inconstitucionalidad de una norma que establecía que el homosexualismo constituía una causal de mala conducta para los docentes. La Corte consideró que la exclusión de los homosexuales de la actividad docente era totalmente injustificada, y sostuvo lo siguiente: *“Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.”*

Más recientemente la Corte adoptó una decisión análoga. Se trata del pronunciamiento contenido en la sentencia C-373/02¹¹⁹ en la que se estudió una norma que inhabilitaba para concursar al cargo de notario a quienes hubieran sido sancionados disciplinariamente por embriaguez habitual, practicar juegos

¹¹⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁹ M.P. Jaime Córdoba Treviño.

prohibidos, usar estupefacientes, amancebarse, concurrir a lugares indecorosos, ser homosexual, abandonar el hogar u observar mal comportamiento social. *“No se discute –dijo la Corte- que para muchas personas esos comportamientos pueden resultar moralmente reprochables e incluso incompatibles con los parámetros que deben regular la vida en sociedad. No obstante, el solo discurso moral no basta para limitar el ejercicio de la libertad pues para ello es imprescindible, como se ha visto, que los comportamientos humanos interfieran derechos ajenos. Y tal interferencia, por lo demás, debe determinarse a partir de una ética intersubjetiva no refractaria a la tolerancia que requiere una sociedad multicultural y pluralista.”*

3.2.2 La Moral Universal

En el campo de la diversidad cultural, en materia de tolerancia y respeto hacia los proyectos de vida diferentes, la Corte Constitucional ha enfrentado también conflictos al momento de decidir si es aceptable o no la existencia de una moral imperante, a la que los comportamientos tengan que ceñirse bajo ciertas circunstancias. Así por ejemplo, la Sentencia No. C-224/94¹²⁰ estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 de ley 153 de 1887, según el cual *“La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”*. A juicio del demandante,

dicha norma ordenaba la observancia de un arquetipo moral determinado, en clara violación de varios preceptos constitucionales y del espíritu que orienta la Carta, pues, sostuvo, "*La moral no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona.*" La Corte empezó por hacer un análisis de la relación existente entre moral y derecho, aduciendo que son dos sistemas diferentes, pero que al mismo tiempo existe una relación muy íntima entre los dos ordenamientos que, en Colombia, se ve reflejada en una serie de disposiciones legales que aluden a las "buenas costumbres", a hechos o conductas "inmorales" o, en general, a la "mala conducta". De lo anterior concluye que, en algunos casos, las normas jurídicas tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Luego estableció una distinción entre la moral general y la moral positiva, "*entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico*", y explicó que la moral no es individual, y que lo único individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social. De lo anterior, y como por arte de magia, la Corte concluyó que la expresión "moral cristiana" designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana, y que se llamó de esa manera simplemente porque el cristianismo es la religión de la gran mayoría de colombianos, hecho social que

¹²⁰ M.P. Jorge Arango Mejía.

fue reconocido por el legislador.¹²¹ Y no podría haber sido de otra manera, por cuanto el elemento de la "opinio juris", esencial para que se constituya la costumbre, requiere que los ciudadanos asuman como obligatorios los usos existentes, y tal cosa no sería posible si esos usos contrariasen los postulados de su propia moral, es decir, de la moral cristiana.

Para reforzar lo anterior, la Corte afirma que en la Constitución de 1991 no hay un solo precepto que pugne con lo que hoy se entiende por "moral cristiana" en Colombia y que aun cuando se aceptara que la norma demandada tenga una especial inclinación religiosa, tampoco sería inconstitucional por cuanto las iglesias cristianas congregan a una mayoría casi absoluta de la población nacional y, dado que la Constitución esta basada en la democracia liberal, y que esta forma de gobierno se funda en el principio de las mayorías, *‘No puede, en consecuencia, ser contraria a la Constitución una norma que se limita a reconocer la moral de las mayorías’*. Con estos razonamientos, el magistrado resuelve declarar la exequibilidad de la norma acusada, aclarando que *“la expresión ‘moral cristiana’ significa ‘moral general’ o ‘moral social’”*.

¹²¹ El magistrado llegó a esta conclusión a través del siguiente raciocinio *“Y obsérvese que la costumbre, además de ser conforme con la moral cristiana, debe ser general. Si es general y a la vez es conforme con la moral cristiana, es porque ésta es también la moral general”*. El pluralismo cultural que el magistrado quiso desechar con este argumento obró en favor suyo, al hacer admisible su extraña manera de razonar.

La decisión, en todo caso, no fue unánime. Cuatro magistrados salvaron el voto por considerar que la expresión demandada establecía una discriminación con otras formas de moralidad religiosa, desconociendo el carácter laico del Estado Social de Derecho, y el pluralismo que informa la Constitución. De sus consideraciones se destaca el siguiente aparte:¹²²

“La expresión "conforme a la moral cristiana" contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887 es manifiestamente contraria a la Constitución, ya que condiciona el alcance de una fuente de derecho - la costumbre - a su conformidad con una específica concepción religiosa, privilegiándola. La Corte pretende demostrar que no existe tal privilegio, equiparando la moral cristiana con la moral social, no percatándose que, por esta vía, no sólo niega la diversidad étnica y cultural de la Nación, sino que desvirtúa los propios códigos de conducta de la moral cristiana al identificarlos con la moral social. La Corte inaugura una peculiar dicotomía en materia de control constitucional al encontrar conforme a la Constitución una norma legal por el hecho de que, a su juicio, reconoce la realidad social, dejando a salvo, en calidad de excepciones a la regla general, aquellas situaciones excluidas de los beneficios de la ley por tener un expreso fundamento constitucional.”

¹²² Fragmento del salvamento de voto presentado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

Tres años después, el mismo ponente de la sentencia estudiada salvó su voto en la sentencia C-013/97¹²³, en la que se declaró la constitucionalidad de los artículos del Código Penal que tipificaban el delito de aborto en todas sus modalidades, por cuanto, para soportar la argumentación del fallo, la Corte había hecho una referencia textual a la encíclica "Humanae Vitae" del Papa Pablo VI y a la encíclica "Evangelium Vitae" del Papa Juan Pablo II. En esa ocasión, el Dr. Mejía sostuvo que *“En la sentencia se citan algunas encíclicas como fundamento de la decisión. Por respetables que sean esos documentos, debo manifestar que no estoy de acuerdo en que se traigan como sustento de un fallo que tiene que ser exclusivamente jurídico. La moral, según el propio Diccionario de la Lengua Española, “no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano”. Por eso, es necesario distinguir entre la moral de una determinada religión (en este caso, la Católica) y el ordenamiento jurídico. Sólo éste puede servir de razón a las decisiones judiciales”*.

Más recientemente, la Corte ha mostrado una mayor comprensión de los alcances del pluralismo cultural. En la Sentencia T-800/02¹²⁴ se concedió una tutela interpuesta por un maestro escolar a quien lo habían despedido de la institución en que laboraba como profesor de filosofía, por el hecho de haberle recomendado a las alumnas de undécimo grado la lectura de un texto clásico de

¹²³ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹²⁴ M.P. M.P. Jaime Araujo Rentería.

la literatura universal titulado “El Decamerón”, de Giovanni Boccaccio. A juicio de las directivas del colegio, tal literatura erótica era incompatible con la misión, visión y filosofía de esa institución católica.

En la parte motiva, la Corte Constitucional explicó que las libertades de cátedra y enseñanza son formas de la libertad de expresión, y que las instituciones privadas de educación tienen cierta autonomía al momento de fijar sus valores internos, pero deben siempre acomodarse a la función social de la educación, y respetar los derechos y garantías constitucionales de los docentes y los educandos. Luego hizo referencia concreta a la obra de Boccaccio, y dijo que su escogencia como parte del programa académico era pertinente y razonable, tanto por el alto valor literario de la obra, como por la manera en que esta permitía forjar el criterio de las alumnas de undécimo grado, para que fueran ellas mismas quienes decidieran cuáles iban a ser los valores, principios e interés que habrían de regir sus propias vidas. Finalmente, se explicó que el maestro no había vulnerado la libertad religiosa y de conciencia de las directivas del colegio, pues tales garantías no son absolutas y debían armonizarse con los demás derechos y garantías previstos por la constitución. *“A este respecto debe tenerse en cuenta que lo ideal es que la educación sea integral y progresiva y permita a la persona conocer la realidad, distinguir lo que la beneficia y lo que la perjudica y adoptar sus decisiones en forma consecuente. Por tanto, no guarda armonía con dicho cometido la educación que sólo proporciona un*

conocimiento parcial de la realidad, ignorando o menospreciando aspectos o situaciones que también forman parte de ella y, por tanto, de la vida normal o común de los seres humanos, como ocurre, por ejemplo, con su componente emocional y sexual y con las expresiones de erotismo sanamente entendido.”

3.2.3 Diversidad cultural

Con respecto a al carácter multicultural de la nación colombiana, la Corte Constitucional ha dirimido conflictos que se han presentado entre organizaciones privadas que explotan los recursos naturales con fines económicos y comunidades indígenas que protegen el medio ambiente porque hace parte esencial de su cultura. Así, por ejemplo, en 1997 la Corte decidió sobre un conflicto que se había suscitado en 1995 entre la petrolera Occidental de Colombia (Oxy) y la comunidad indígenas U'wa en torno a la explotación de pozos o yacimientos petroleros, en las zonas de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare. El problema se desató el 3 de febrero de 1995, cuando el Ministerio del Medio Ambiente le otorgó una licencia ambiental a la Oxy, habilitándola para adelantar exploraciones sísmicas que le permitieran constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros, sin haberse agotado previamente el procedimiento de consulta con la comunidad indígena U'wa, exigido por la Constitución, el Convenio 169 de la O.I.T. y la ley. Esta situación generó al interior de la comunidad U'wa una dramática reacción que

contó con amenazas de suicidio en caso de que la petrolera perforara su territorio. Frente a esto, la Defensoría del Pueblo presentó una acción de tutela con el fin de evitar la ejecución del proyecto y alegando que este no había contado con el consentimiento de la comunidad lo cual era un requisito constitucional indispensable¹²⁵. Se argumentaba que la explotación de estos recursos constituía una violación de los derechos fundamentales de los indígenas a la vida, al territorio, a la autodeterminación, a la defensa de la cultura étnica, a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación, a vivir y a trabajar por el país y a su organización propia, así como el derecho fundamental a la participación social y comunitaria, especialmente en las decisiones que pudieran afectarlos como segmentos de población social, económica y culturalmente sensible y vulnerable.

La Corte decidió proteger los derechos de la comunidad U'wa. Por tal razón, ordenó la inaplicación provisional del acto administrativo, hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronunciara con relación a su nulidad, y dispuso, igualmente, que se debía efectuar la consulta a la comunidad U'wa en un término de 30 días. Para ello, argumentó lo siguiente:

¹²⁵ Constitución Política, Artículo 330: “(...)Parágrafo: *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha*

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.”¹²⁶

Posteriormente, en la Sentencia T-652 de 1998¹²⁷, la Corte Constitucional ordenó la inaplicación del Decreto 1320 de 1998 que regulaba el derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa de las actividades de explotación económica que les afecten, por considerar que las disposiciones de éste no satisfacían a cabalidad aquel derecho. En este caso, que se refería a la

explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

¹²⁶ SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹²⁷ M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

construcción de la hidroeléctrica Urra I, la Corte consideró que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental “*se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacersele. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y párrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11)*”.

3.2.4 El Estado postmoderno se queja

Así como la Corte Constitucional ha ejercido un activismo positivo en el desarrollo de los preceptos igualitaristas de la Constitución, así mismo ha asumido una posición pasiva e infértil frente a las posibilidades postmodernistas que, en materia de diversidad y pluralismo, se encuentran plasmadas en la Constitución. Por tal razón, más que presentar las críticas de los modernos a la labor de la Corte, esta sección se limitará a analizar los cuestionamientos que el pensamiento postmoderno podría esgrimirle a una Corte que, en muchos casos, ha desechado la protección constitucional a lo diferente, a lo que no encaja con esa razón y esa moral imperantes que la

modernidad asume como únicas.

Así, en primera medida, al resolver las demandas de los homosexuales, la Corte se ha encerrado en una lectura restrictiva y excluyente del artículo 42 de la Carta para decir que éstos no pueden constituir familias y que, por ende, no tienen los derechos que la ley le otorga a la institución familiar, como la posibilidad de adoptar hijos, generar sociedad patrimonial o ser beneficiario de la seguridad social de la pareja. La argumentación incluida en estos fallos es bastante coja. Por una parte, todas las sentencias que resultan negativas a los intereses de los homosexuales se remiten a la C-098/96, en la que no se concedió la demanda impetrada contra la Ley de la unión marital de hecho, para afirmar que ya la Corte había dicho que los homosexuales no tienen derecho a constituir lazos familiares de ninguna índole. Ya desde ahí, las sentencias incurrían en una falacia para darle sustento a sus desafortunadas decisiones, pues en la sentencia C-098/96 no se discriminó a las parejas homosexuales, antes bien se habló del “derecho fundamental a la libre opción sexual”, y se dijo que *“Entre otras manifestaciones de diversidad, amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo e insuprimibles por la voluntad democrática, la Corte no puede dejar de mencionar la religiosa y la sexual”*. La razón para no conceder la tutela, según las motivaciones del fallo, era que la demanda de los homosexuales sólo podría ser satisfecha por una nueva ley, pero los magistrados manipularon posteriormente el precedente

judicial para dar a entender que desde antes la Corte había restringido el alcance del pluralismo en su lectura de los derechos de los homosexuales.

El artículo 42 de la Constitución Política, dice así: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*. Es decir, una familia puede constituirse por la voluntad responsable de conformarla y, en ese sentido, es viable considerar que las parejas homosexuales pueden formar familias, máxime cuando tal categoría es una condición necesaria para acceder a ciertos beneficios. Pero aun cuando la norma plantea una disyuntiva que genera tres definiciones diferentes de lo que es familia, la Corte ha venido realizando una lectura reduccionista de la misma, diciendo que excluye las uniones homosexuales. Para esto, la Corte realizó una interpretación histórica del artículo constitucional, remontándose a una ponencia presentada en la Asamblea Constituyente. Así, con sustento en las palabras de un único constituyente, sostuvo que la voluntad general e inequívoca de los gestores de la Constitución era la de limitar el concepto de familia a las uniones monogámicas y heterosexuales.

La posición de la Corte tiene visos totalitarios que desconocen las garantías constitucionales de respeto por la pluralidad. Con esto, se perpetúa un

determinado control sobre la sexualidad de las personas y se mantiene oprimidos a aquellos que no se amoldan al modelo sexual imperante. Al negarle a los homosexuales la posibilidad de constituir familias, se les está impidiendo el acceso a muchos beneficios que de ahí se generan. Al negarles la posibilidad de adoptar hijos, se les está tachando de depravados. Al establecer una diferencia entre ellos y las demás personas se está partiendo de la base de que son anormales, anormalidad a la que se le otorga un valor negativo. Actitudes, todas estas, compatibles con el pensamiento de la modernidad, en tanto establecen una verdad única y censuran a aquellos que no la compartan, bajo la férrea convicción de que están equivocados y de que sus verdaderos yoés, heterosexuales en este caso, yacen ocultos tras la máscara de un falso yo, el homosexual en este ejemplo. Actitudes, estas mismas, incompatibles con los presupuestos pluralistas que quedaron impresos en la Constitución Política de 1991, en tanto que estos descreen en las verdades absolutas y asumen como iguales los diversos sentimientos y las múltiples razones.

Es importante reconocer que las decisiones de la Corte en este campo no han sido univocas, y que tanto en la sentencia SU-623/01 como en la C-814/01, ambas adversas a las pretensiones de los homosexuales, los magistrados han estado fragmentados y, de nueve que son, cuatro han expresado su inconformidad con la decisión. Los argumentos esgrimidos en sus salvamentos de voto recogen con claridad las implicaciones fácticas del pluralismo y la

igualdad consagrados en la norma superior, concluyendo que la exclusión de los homosexuales, en razón a su orientación sexual, está expresamente prohibida por la Constitución. Esta teoría, además, ha imperado en otras circunstancias y ha llevado a la Corte a declarar inconstitucionales normas o decisiones que excluyen a los homosexuales impidiéndoles el acceso a diferentes ámbitos, como la educación, la fuerza pública, la docencia y los cargos públicos.¹²⁸

El postmodernismo, en tanto garante de las diferentes formas de llevar la vida, respaldaría como subregla de derecho la consideración hecha en la sentencia C-481/98, según la cual toda norma cuyo supuesto fáctico atienda a la condición de una persona será una norma discriminatoria. Es decir, cuando una norma, sea jurídica, social o moral, no cuestiona ninguna acción en particular que considere lesiva de algún derecho ajeno, sino que realiza un reproche de la persona en sí misma, será una norma discriminatoria y, por ende, inconstitucional. Con la aplicación de esta subregla, cuyo carácter genérico supera la temática concreta de los homosexuales y puede abarcar a todos los grupos que han sido objeto de una discriminación a lo largo de la historia, se

¹²⁸ Aparte de las sentencias referidas en el análisis anterior, se destacan la T-097/94, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que se decidió que la condición de homosexual no es una razón para expulsar a una persona de las fuerzas armadas, pues ello conllevaría un trato discriminatorio, y la T-101/98, (M.P. Fabio Morón Díaz), en la que se decidió que era discriminatorio el que un colegio le negara el reingreso a dos estudiantes, por el hecho de considerar que eran homosexuales.

estaría propagando la tolerancia y el respeto por lo diferente. Los grupos que tienen el mayor dominio de las formas de poder no pueden asumir sus verdades como verdades únicas y universales, e intentar imponérselas a quienes no las comparten, eliminando si es preciso a quienes no acceden a ellas. Y no pueden, porque existe una Constitución que los vincula, la cual les exige respetar y tolerar lo diferente.

El proceso de expansión de las libertades individuales, que busca mejorar la calidad de vida de las personas, se ha planteado acá como el ideal deseable de Desarrollo. A lo que éste tiende, es a crear una sociedad de hombres libres, una sociedad en la que todas las personas tengan la capacidad de valorar los diferentes proyectos de vida y perseguir aquel que, tras un juicio autónomo y libre, hayan considerado más valioso y más adecuado. Un Desarrollo de este tipo, en el que surgirían tantas formas de vida como personas haya en la sociedad, no puede darse en una sociedad en la que sean solamente unos hombres los capacitados para decidir su futuro y pretendan imponérselo a todos los demás. Eso es lo que se ha hecho en la modernidad y, por eso mismo, ésta se ha encargado de impedir el Desarrollo. Sólo cuando la Corte Constitucional entienda e implemente los presupuestos pluralistas de la Carta Política, sólo entonces estará contribuyendo a gestar una sociedad de agentes, en la que todos sus miembros sean motores activos del progreso.

En ese sentido, la diversidad y el pluralismo defendidos por la corriente postmoderna, no aceptan que la única moral creadora de derecho sea la moral cristiana, como lo adujo sutilmente la Corte en la sentencia C-224/94, y en cambio sí respaldan que a las personas no se les enseñe una realidad única, sino que se les ofrezca un amplio abanico de opciones para que sean ellas mismas quienes decidan el camino a seguir. La premisa de que la educación debe ser pluralista en sus contenidos, coincide plenamente con los presupuestos del liberalismo igualitario, en tanto que parte de la base de que las preferencias humanas están determinadas por una serie de factores endógenos y que, en esa medida, no será autónoma una decisión que se tome sin haber valorado previamente un “*adecuado abanico de opciones*”¹²⁹. Para que la libertad sea posible, hay que satisfacer previamente ciertos presupuestos de igualdad, es decir, hay que darle igual valor a las diferentes concepciones del mundo, respetándolas y enseñándolas, para que las preferencias individuales no estén sesgadas y los hombres elijan libremente.

De conformidad con lo anterior, el escenario democrático ofrece unas valiosas posibilidades para el Desarrollo, la libertad y la diversidad en la medida en que

¹²⁹ Cita de Joseph Raz, tomada de Roberto Gargarella, “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, op. cit., p 368. En su escrito, Gargarella sostiene que el liberalismo igualitario no acepta que se les restrinja a los menores el acceso a otros valores alternativos, incluso cuando sean sus padres quienes pretendan imponerlo. Su posición queda más clara con la siguiente cita: “*si [un] menor no ha estado en contacto con una diversidad de ideas religiosas o morales, entonces difícilmente podría decirse*

habilita espacios para el debate público y permite que las personas discutan con las demás el modo en que van a orientar sus vidas hacia el futuro. El derecho de las minorías a participar de manera efectiva en el foro público no sólo las habilita para tomar decisiones autónomas, sino que les ofrece una garantía imprescindible para velar por la preservación de sus tradiciones. Bajo este entendido, y con el deseo de proteger la diversidad cultural de la nación, los constituyentes redactaron el artículo 330 de la Carta que exige la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto a la explotación de los recursos naturales en sus territorios. El respeto por las diferentes formas de pensar, por las cosmogonías de los grupos indígenas en esta ocasión, implica que el Desarrollo del país no se pueda entender como el enriquecimiento económico que genere la explotación de los recursos, sino como la adopción de las decisiones concertadas que emanen del debate público. Así lo plantea también Amartya Sen, quien al enfrentar la tensión entre Desarrollo y tradición concluye que la importancia no radica en determinar a priori cual de los dos debe apoyarse, sino en establecer procedimientos para que sea la misma sociedad, y particularmente las personas afectadas, las que decidan que debe primar en cada situación concreta. *‘Si hay que sacrificar un modo tradicional de vida para escapar de la pobreza más absoluta o de la minúscula longevidad (como la que han tenido muchas sociedades*

que tal individuo está haciendo uso de su libertad de conciencia cuando adscribe a una determinada postura”.p. 368.

*tradicionales durante miles de años), son las personas directamente afectadas las que deben tener la oportunidad de participar en la decisión”.*¹³⁰

Promover la expansión de las capacidades individuales es también proteger la diversidad cultural y el pluralismo. Porque las capacidades de leer, de estar informado y de tener oportunidades para participar libremente permiten que las personas evalúen sus proyectos de vida, los confronten con otros y cuando consideren que haya un conflicto entre sus intereses y las necesidades sociales, puedan realizar una ponderación colectiva para, de ser el caso, frenar una iniciativa pública que deteriore profundamente sus modelos de vida. En este campo, la Corte ha desarrollado una labor más activa, llegando incluso a inaplicar las normas que regulan el derecho de las comunidades indígenas a participar en las decisiones que los afectan, por considerar que los procedimientos de participación contemplados en ella no satisfacían las exigencias democráticas planteadas en la Carta. Y la misma Corte, en actitud valerosa, se ha permitido frenar proyectos de gran impacto económico, como los relacionados con la explotación petrolera, en aras de salvaguardar la diversidad cultural de la nación. Si los derechos, las tradiciones y la existencia misma de la comunidad U'wa pueden verse en peligro con estas actividades, nadie más que sus miembros pueden entrar a valorar los posibles beneficios de la explotación de sus recursos y decidir si aceptan o no que ésta se realice. No

¹³⁰ Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, op. cit., p. 50.

hay Desarrollo cuando se venden los recursos naturales a los países del primer mundo por cuantiosas sumas de dinero, hay Desarrollo cuando se entiende que el petróleo también puede ser la sangre de la diosa Tierra y, en respeto a quienes así lo piensan, se permite que siga irrigando sus entrañas, mientras se buscan nuevas alternativas para suplir la necesidad del combustible.

La labor de la Corte, en síntesis, ha sido meritoria aunque insuficiente. Meritoria porque, aun cuando la defensa de la diversidad sea la defensa de la Carta Política, entrar a defender lo que tradicionalmente se ha estigmatizado como inmoral, indigno o anormal, implica romper con la intolerancia de la modernidad y enfrentarse a quienes detentan el poder para imponer las categorías que juzgan aceptables. Insuficiente, porque en algunos temas de especial sensibilidad social, como la adopción de menores por parte de homosexuales o la primacía de la religión cristiana, ha sido incapaz de mantener la coherencia con su propia jurisprudencia, y ha dado toda suerte de giros argumentativos que no son convincentes y no son consistentes.

CONCLUSIÓN FINAL

El derecho constitucional colombiano realiza una asombrosa fusión de elementos doctrinarios muchas veces antagónicos. Así, reúne presupuestos libertarios con principios igualitarios, y argumentos universalistas con creencias propias del relativismo. Esta tensión, que genera grandes dificultades al momento de interpretar y aplicar la Carta Política, ofrece en todo caso enormes posibilidades para el Desarrollo del país, en tanto que éste sea entendido como el desarrollo de las libertades individuales, orientado a generar una sociedad de agentes, de seres autónomos e inquietos que así como persigan unas metas propias, debatan y construyan un futuro común. Los aportes que un hombre libre y capacitado puede hacerle a una sociedad son mucho mayores de los que puede reportarle un esclavo o un analfabeta. En igual medida, una mujer que dedica su vida a procrear y cuidar hijos, un homosexual que pierde su tiempo urdiendo la manera de mimetizar sus preferencias, un joven que aprende a leer pero tiene prohibido al marqués de Sade, un enfermo de SIDA que no recibe medicamentos o un chamán indígena que no puede juzgar a sus hermanos, están todos limitados en el ejercicio real de sus libertades y, a fuerza de opresiones sutiles, terminan amoldándose a las imposiciones ajenas y mitigando el progreso social.

La Constitución colombiana, en medio de su caos pluriforme, exige que esa mujer tenga la conciencia para decidir cuando procrear y cuando preservar, que

ese homosexual no tenga que esconderse, que aquel joven elija libremente sus lecturas, que el enfermo reciba sus remedios y que el chamán pueda juzgar y castigar a los que no hayan seguido las costumbres. Exige, en últimas, que el Estado y la sociedad se esfuercen por aumentar las capacidades de todas las personas, al punto en que éstas sean libres para actuar y libres para decidir cómo hacerlo. Y lo exige, porque al aparejar la igualdad sustancial con la libertad, da a entender que nadie es libre si no es igual, y nadie es igual si no es libre. Que el homosexual excluido no es libre para realizar su proyecto de vida, y que no hay igualdad sustancial entre el trabajador oprimido y el empresario autónomo, independientemente de sus respectivos ingresos.

Pero la Constitución no es más que letra impresa y la realización de sus premisas depende del juez llamado a aplicar sus normas en circunstancias concretas. En Colombia, tal labor le ha sido encomendada a la Corte Constitucional, que en desarrollo de la misma ha cambiado la forma de entender el derecho en el país. Más que de la Corte, el nuevo derecho es producto de la Carta, de sus premisas fundantes que protegen las garantías sociales, el pluralismo y la solidaridad, de sus pautas formales que la afianzan como norma de aplicación directa, de sus innovaciones en materia de reconocimiento y protección de libertades individuales. A ese conjunto de posibilidades se ha enfrentado la Corte, asumiendo con responsabilidad el compromiso de tornarlas en beneficio de la

calidad de vida de los habitantes de Colombia, cuya mejora implica un avance significativo en la senda del Desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2001.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y Democracia*, Fondo de cultura económica, México, 1989.
- CAMPBELL, Tom, *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*. Gedisa, Barcelona, 2002.
- CEPEDA, Manuel José, *La Constitución en la Corte Constitucional*, Bogotá.
- DE RUGGIERO, Guido, *The history of European Liberalism*, Oxford, 1927.
- DE TRAZEGNIES, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*. Monografías jurídicas Temis, Bogotá, 1993.
- ESCOBAR, Arturo, *La invención del tercer mundo, Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Norma, Bogotá, colección vital.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno editores, México, 1976.
- GARCIA, Mauricio (comp.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Conciencias, Bogotá.

- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Constitución, Derechos de los grupos desaventajados y políticas públicas en Colombia*, Uniandes, Bogotá, Septiembre 3, 4 y 5 de 2001.
- GARGARELLA, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Tecnos, Madrid, 1987.
- KANT, Emmanuel *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- KORSGAARD, “Comentario a ‘¿Igualdad de qué?’ y a ‘Capacidad y bienestar’”, en *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.p. 84-93.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1994.
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Temis, Bogotá, 2002.
- MOLINA, Gerardo, *Breviario de ideas políticas*, Ediciones tercer mundo. NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

- RAWLS, John, *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SEN, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, Planeta, Bogotá, 2000.
- SEN, Amartya y NUSSBAUM, Martha (comp.), *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- VARIOS autores, *El debate a la Constitución*, ILSA, Bogotá, 2002.
- VIVIESCAS, Fernando y GIRALDO, Fabio (comp.), *Colombia en el Despertar de la Modernidad*, Carvajal, 1991.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000.

- Revista Credencial, Historia, Edición 163, junio de 2003.
- Revista de Derecho Público No 12, Uniandes.
- Informe Sobre Desarrollo Humano para Colombia 2000.
- www.mineducacion.gov.co.
- Periódico *El Tiempo*, miércoles 11 de julio de 2001, en:
<http://www.undp.org/hdr2001/spanish/hdrinnews/col/eltiempo.pdf>