

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

**EL ALCANCE DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA:
ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD BANCARIA EN LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Tesis para optar por el grado de

Maestría en teoría jurídica

Presentada por:

Paula Torres Holguín

Bajo la dirección de Helena Alviar García, Ph.D.

Bogotá, diciembre de 2005

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I	
Antecedentes del Estado social	7
1. El Estado liberal	7
1.1 Los derechos como límites al poder	10
1.2 La igualdad formal	11
1.3 La división del poder	12
1.4 Valor de la Constitución	13
1.5 Crisis del Estado liberal	14
2. El Estado de bienestar	21
3. El Estado social	23
3.1. El carácter subsidiario de la intervención estatal	23
3.2. La dignidad y la solidaridad en el Estado social	25
3.3. Acentuación de los elementos finalistas del Estado	28
3.4. La igualdad material y las circunstancias de debilidad manifiesta	30
3.5. Valor normativo de la Constitución	34
3.5.1. La Jurisdicción constitucional en las Constituciones de 1886 y 1991.....	36
3.5.2. La jurisdicción constitucional en la jurisprudencia de la Corte	39
3.5.3. Acciones constitucionales	41
3.5.4. El papel del juez	42

Capítulo II

Análisis de caso: la actividad bancaria en el Estado social	45
1. La regulación de la actividad bancaria en Colombia	47
1.1. La actividad bancaria en la legislación	47
1.2. Implicaciones constitucionales de la actividad financiera	49
2. Procedencia de la acción de tutela frente a particulares	52
2.1. Valor normativo de las disposiciones constitucionales	53
2.2. La actividad financiera como un servicio público.....	54
2.3. La situación de debilidad del usuario	57
3. La intervención del juez en la actividad financiera	59
3.1. Aplicación del principio de solidaridad frente a circunstancias de debilidad manifiesta del deudor de un proceso ejecutivo.....	62
3.2. Límites a la libertad contractual de las entidades financieras	66

Capítulo III

Críticas del sector financiero	67
1. Falta de argumentos técnicos al momento de fallar	68
2. Inseguridad jurídica	71
3. Extralimitación del poder de la Corte Constitucional	72
Conclusiones	76
Bibliografía	84

Introducción

El derecho colombiano nació y se desarrolló bajo la influencia de las corrientes legalistas y formalistas de la Europa continental que, por oposición a aquellas de los países anglo-sajones (o de *Common Law*), se caracterizan por utilizar como fuente principal el derecho legislado, y de forma subsidiaria, como criterios auxiliares y potestativos del juez, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.¹

Entre los juristas existe, pues, una opinión más o menos firme en el sentido de que el derecho está principalmente contenido en los textos canónicos emanados del constituyente, del legislador o de sus delegatarios y que, en consecuencia, la jurisprudencia contribuye meramente a sellar vacíos normativos y a diluir las ambigüedades que sólo excepcionalmente dejan las omnicomprendidas codificaciones.²

Esta arraigada tradición, sin embargo, ha sido revaluada en Colombia paulatinamente desde la década de 1930³, pero de manera especial, por la Constitución de 1991 y por la creciente e influyente jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta Corporación, en sentencias de constitucionalidad y tutela, ha interpretado los mandatos constitucionales en el sentido de otorgar un valor obligatorio al texto de la Carta y a su jurisprudencia, haciéndolos vinculantes para la totalidad de la rama judicial. Este fenómeno reciente ha

¹ López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ediciones Uniandes 2000, Editorial Legis. Bogotá. 2000.p.12.

² *Ibidem*.

³ La reforma constitucional del Gobierno de Alfonso López Pumarejo en 1936, impulsada principalmente por el Dr. Darío Echandía, así como la transformación en la enseñanza del Derecho del cometa exegético del artículo por el análisis de las instituciones jurídicas a la luz de los principios fundamentales del Derecho, desarrollada por Antonio Rocha y Rafael Escallón, entre otros, son ejemplos de lo anterior. Al respecto ver: Holguín Holguín, Carlos. “Aspectos jurídicos en la década de 1930”. En: Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Carlos Holguín Holguín. Escritos (1919-1998)*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005. p. 320

tomado por sorpresa a la mayoría de los administradores de justicia y de los actores sociales, en un país ceñido a los mandatos expresos de la legislación.

Así, desde su creación en 1992, la Corte ha pronunciado una enorme cantidad de sentencias, sobre todo tipo de temas, que han tenido un efecto traumático en el sistema jurídico colombiano. Quiero hacer énfasis en esta idea de que la Corte, y obviamente la Constitución de 1991, aun cuando han tenido un efecto traumático en nuestro ordenamiento, sin embargo, no necesariamente tienen por qué generar traumatismos. Aunque parece que estuviera repitiendo las mismas palabras, lo cierto es que un trauma hace referencia a un “choque o impresión (...) que deja una huella duradera”⁴, mientras que el traumatismo habla de una “lesión o mortificación causada (...) por agentes (...) generalmente externos”.⁵

Esta sutil diferencia es fundamental para entender la intención general de este trabajo. En mi opinión, los cambios implican siempre traumas, en la medida en que, al abandonar ciertas tendencias y adoptar otras, se generan dinámicas de choque que dejan una huella profunda en lo que se deja atrás y constituyen las bases para el futuro. No obstante, estos cambios, no tienen por qué generar siempre lesiones o mortificaciones o, al menos, no en todos los casos, pues, aunque inciden de diversas formas sobre los intereses creados bajo el estado de cosas anterior, pueden hacerlo dentro del marco de un proceso de adaptación y apropiación de las categorías novedosas del sistema. Si estos procesos son exitosos, entonces las transformaciones, más que traumatismos,

⁴ En: Moliner, María. *Diccionario de uso del español*. Ed. Gredos. Madrid, 1989. P.1378.

⁵ *Ibidem*.

producen traumas positivos, que redirigen la sociedad hacia un camino más fértil de interacción.

Mi intención aquí es analizar cuáles son esos elementos fundamentales que caracterizan ‘el trauma’ institucional introducido por la Constitución de 1991, que constituyen las bases del llamado Estado social de Derecho, y que deben ser objeto de estudio por parte de los distintos actores sociales si, lo que se quiere, es que su implementación genere la menor cantidad de traumatismos. Es importante señalar que este es el desarrollo de un trabajo inicial, escrito para optar por el título de Abogada, en el que se analizó brevemente la transformación histórica que tuvo el Estado social dentro del marco de las sociedades europea y estadounidense, así como el mapa general del debate sobre la justiciabilidad⁶ de los derechos sociales; primero, con el fin de señalar que este no es un fenómeno exclusivo de la sociedad colombiana, pero también porque, en mi opinión, esa es la línea histórica que utiliza la Corte cuando interpreta el modelo de Estado social en Colombia.

En esta ocasión, quisiera centrar el análisis en el caso colombiano, para aportar algunos elementos que permitan responder a la pregunta de qué significa para nosotros ser un Estado social de Derecho. La jurisprudencia constitucional, en este sentido, es fundamental, pues la Corte es uno de los actores que más en serio se ha tomado la tarea de tratar de responderla; no obstante, sus conclusiones al respecto no han sido recibidas de manera uniforme, y de hecho han causado todo tipo de polémicas que, en vez de generar diálogos constructivos, han terminado, las más de las veces, en la constitución

⁶ Es decir, la posibilidad de exigir ante un juez la aplicación directa de derechos constitucionales que generalmente se habían condicionado a un desarrollo legislativo previo. Entre otros, ver: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

de bandos de opinión opuestos e irreconciliables. Uno de los casos más ilustrativos de este fenómeno es el del sector bancario y, en general, el sector económico en Colombia, que ha recibido con mucha reticencia las interpretaciones de la Corte Constitucional sobre los alcances del Estado social en la economía

En mi opinión, estos choques se deben, en parte, a que el Estado social es un modelo aún por desarrollar en Colombia, novedoso y revolucionario respecto al modelo contenido en la Constitución de 1886, que rigió durante más de un siglo y que, por lo tanto, ha sido difícil de superar. Sus contenidos hasta ahora empiezan a permear un sistema acostumbrado a interactuar a partir de conceptos fuertemente arraigados en el imaginario jurídico anterior, tales como los de autonomía de la voluntad, legalidad, igualdad, supremacía legislativa, entre otros.

Como lo señala la Corte, nuestra Constitución es democrática y pluralista y, por esta razón, sus normas materiales y sustantivas permiten “dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación”.⁷ Esto se debe a que la Constitución tiene pretensiones de ser “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad” y, por lo tanto, abarca materias muy amplias que se expresan en normas de carácter abierto, “que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.”⁸ Pero, ¿de qué forma y bajo qué principios deben las normas de la Constitución vincularse a la realidad? Las normas abiertas de su texto no proporcionan principios de contenido unívoco, invariable y determinado, sino que se construyen a partir de una dinámica constante de interpretación de sus textos en concordancia con las circunstancias que se dan en la

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-531/93. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁸ *Ibidem*.

realidad. Las sentencias, por su parte, a diferencia del derecho legislado, implican una cadena argumentativa generalmente extensa, directamente ligada al caso que se estudia, y que tiene fundamento en distintas interpretaciones de normas abiertas e indeterminadas.

Por esta razón, en el proceso de definir los alcances del Estado social, es fácil correr el riesgo de tomar decisiones fundadas en nociones generales, vagas e inconcluyentes que, más que concretar el sentido de las normas, tienden a ampliar su ambigüedad; esto puede evidenciar, a la larga, una falta de claridad y de conocimiento profundo sobre los temas que se busca regular y lleva, desafortunadamente, a soluciones jurídicas que vulneran, injustificadamente, intereses legítimos de las partes involucradas, incluso cuando éstos tienen también una protección constitucional.

Pero, ¿cómo solucionar entonces el problema de adaptar las categorías traumáticas del Estado social al sistema colombiano, de manera que se generen la menor cantidad de traumatismos posibles? Sin duda alguna, lo primero sería detenerse a analizar cuál es el contenido de esas categorías, cuáles son las circunstancias que buscan enfrentar, para que luego, en un momento posterior, pueda llegarse a discutir los distintos medios que pueden emplearse para hacerlo, de tal forma que los fines del Estado se alcancen de la manera más eficiente posible y se respeten los intereses de la mayor cantidad posible de actores sociales.

Por lo tanto, en este trabajo analizaré, primero, cuál es el desarrollo histórico que la Corte Constitucional identifica como propio del Estado social, haciendo referencia

principalmente al Estado liberal y al Estado de bienestar, para ver cuáles son los puntos en los que, en su interpretación, el modelo social se distancia de los anteriores y se configura como una alternativa diferente de regulación social. A este respecto, intentaré mostrar que, tal y como lo describe la Corte, el Estado social se asemeja más a un modelo de Estado liberal que a un Estado de bienestar.

Luego, estudiaré brevemente la forma en la que la Corte Constitucional ha desarrollado los alcances de estos elementos propios del Estado social en Colombia⁹, para analizar, a la luz de estos elementos, el tema de la actividad bancaria en la jurisprudencia constitucional, como un caso concreto de la aplicación de estos principios novedosos del Estado social que ha generado graves ‘traumatismos’. Es importante anotar que el propósito de este análisis no es el de detallar exhaustivamente la jurisprudencia constitucional sobre este tema, pues tal investigación es extensa y compleja y sobrepasa los objetivos del trabajo; lo que se busca es más bien delinear algunas tendencias interpretativas generales, que han recibido críticas fuertes por parte de los operadores bancarios, críticas que se reseñan también brevemente, con el fin de evidenciar las tensiones que se derivan de la aplicación de este nuevo modelo de Estado en nuestro país. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

⁹ Esto explica por qué la bibliografía se centra en la jurisprudencia constitucional, aunque también se hace referencia a posiciones doctrinales sobre la materia cuando se considera necesario para generar mayor claridad.

CAPÍTULO 1

Antecedentes del Estado social

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es difícil encontrar una descripción del Estado social que no haga referencia a los logros y problemas del Estado liberal. Esto se debe a que el Estado social y, en este sentido, también el Estado de bienestar, surgen como una respuesta institucional a la crisis que atravesó el Estado liberal durante los siglos XIX y XX.¹⁰ Estos modelos de Estado interesados por ‘lo social’, recogen los principios básicos de modelo liberal, pero les dan un contenido distinto, más acorde con las realidades sociales que el Estado liberal no pudo enfrentar adecuadamente.

1. El Estado liberal

La doctrina liberal, que nutre teóricamente la configuración del Estado que lleva su nombre, no es monolítica, y tiene distintos exponentes, tanto en términos de sus fundamentos filosóficos como en términos de sus consecuencias prácticas. Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es el de analizar a fondo los contenidos del Estado liberal, sino establecer cuáles son sus diferencias respecto al Estado social; por esta razón, se presentan una serie de afirmaciones de carácter general que engloban lo que se ha entendido por la doctrina liberal y su modelo de Estado.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-533/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Así, corriendo el riesgo de simplificar un problema muy complejo, el liberalismo puede definirse como:

A). Una doctrina política según la cual conviene aumentar en lo posible la independencia del poder judicial en relación con el poder ejecutivo, y dar a los ciudadanos las mayores garantías posibles contra la arbitrariedad del gobierno. Se opone al *autoritarismo*.

B) Una doctrina político-filosófica según la cual la unanimidad religiosa no es condición necesaria para una organización social, y que reclama para todos los ciudadanos la *libertad de pensamiento*.

C) Una doctrina económica según la cual el Estado no debe ejercer ni funciones industriales, ni funciones comerciales, y no debe intervenir en las relaciones económicas que existen entre los individuos, las clases o las naciones. Se lo denomina a menudo, en este sentido, *liberalismo económico*. Se opone a *Estatismo*, o aún más generalmente, a *Socialismo*.

D) El respeto por la independencia del prójimo, tolerancia; confianza en los felices efectos de la libertad.¹¹

En concordancia con estos principios básicos, la doctrina liberal clásica entiende el papel del Estado como marginal y subsidiario; se limita a proporcionar un marco normativo mínimo, a partir del cual los individuos pueden interactuar y desarrollar sus planes de vida de manera individual. Lo importante, para esta concepción del Estado, es la preservación de las libertades individuales de las personas; su reconocimiento como individuos autónomos que tienen derecho a una esfera privada donde el Estado no puede intervenir. En este modelo, se reconoce una igualdad de tipo formal, en el sentido de que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, se consideran iguales ante la ley.

¹¹ Abbagnano, Nicola. *Diccionario filosófico*. F.C.E. México, 1964.

Las relaciones comerciales, por su parte, son reguladas por la ley civil y por la ley comercial. Éstas consagran, de manera general, principios que se constituyen sobre la base de la igualdad y la libertad de las partes, que limitan la intervención estatal a la garantía de la estabilidad y la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, y buscan promover, al máximo, el desarrollo autónomo de las relaciones económicas.¹²

La llegada de la modernidad supuso un impulso sin precedentes a la idea de que el poder estatal debe estar sometido a límites generales y constitucionales. El nacimiento del capitalismo y el desarrollo exigía una protección de la esfera de libertad individual por fuera de la influencia del Estado. Se hizo evidente que las libertades constitucionales y la vigencia del Estado de Derecho eran indispensables para el desarrollo del mercado de capitales, pues es la forma más efectiva de garantizar la estabilidad, por ejemplo, del derecho de propiedad, fundamento de las transacciones y la producción de mercancías.¹³

Así, el Estado se presenta como límite y garante de las obligaciones contraídas libremente por los individuos, y las leyes como la forma de organizar el comercio a partir de reglas claras y neutrales ante las diferencias que no son reconocidas como pertinentes por las partes.

Por su parte, la libertad individual se consolida, en este modelo, mediante la limitación de la actividad estatal a la regulación y vigilancia formal de las dinámicas sociales; al Estado se le exige que garantice el orden interno y externo, las libertades individuales y

¹² Molina, Gerardo. *Breviario de ideas políticas*. Ediciones Tercer Mundo. Pp 24 y ss.

¹³ Mejía, Andrés. “John Stuart Mill y los límites al poder” En: *Ámbito Jurídico* No. 135. Bogotá. 18 al 31 de agosto de 2003, p. 7B.

la representación en la toma de decisiones políticas, así como que proporcione mecanismos institucionales para la solución imparcial de los conflictos entre particulares.¹⁴

1.1. Los derechos como límites al poder

En concordancia con esta idea de libertad, según la cual el individuo es libre cuando se le permite autodeterminarse, al Estado no se le exige intervenir en los procesos de adjudicación de bienes y recursos del mercado, o proporcionar bienes y servicios para la población, pues se entiende que éstos se consiguen a partir de la interacción autónoma de los agentes del mercado. Por el contrario, los derechos tienen, en principio, un contenido negativo, y obligan al Estado abstenerse de actuar para permitir el desarrollo libre del individuo en la sociedad. Como los sostiene la Corte al describir los alcances de los derechos fundamentales en el Estado liberal:

Los derechos fundamentales nacen (...) como límites al poder del Estado, que es el único poder que la dogmática clásica reconoce. Los derechos fundamentales son entonces barreras al poder público frente a la órbita de inmunidad – libertad - del individuo. Tales derechos constituyen, según estas premisas, un catálogo relativamente homogéneo, cuyos efectos son especialmente órdenes de abstención del Estado.¹⁵

¹⁴ En este sentido, la Corte Constitucional se ha referido al Estado liberal “como un poder instituido con la finalidad de vigilar el normal desarrollo de la sociedad, y de administrar la justicia y la fuerza pública.” Corte Constitucional. Sentencia C-587/92. M.P. Ciro Angarita.

¹⁵ *Ibidem*.

1.2. La igualdad formal

Uno de los objetivos del Estado liberal es el de reconocer la igualdad de todos los seres humanos como seres racionales y autónomos, capaces de autodeterminarse,¹⁶ independientemente de su posición en la sociedad. Por esta razón, hace énfasis en que el poder del Estado debe, primero, originarse en la voluntad individual, pero además debe ejercerse de manera neutral, es decir, tratando a todos los ciudadanos de la misma manera, sin excepción. Por lo tanto, se busca que las leyes, dictadas por órganos de representación popular sean abstractas y generales.

La idea de la ley como norma general, impersonal y abstracta, es la base de todo el sistema jurídico decimonónico. La ley es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos trata por igual. El principio de igualdad queda así subsumido enteramente en el principio de legalidad. (...) Según esta concepción del derecho, la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece.¹⁷

Esta concepción de la igualdad de tipo formal tiene, entonces, dos consecuencias. Por un lado, obliga a los operadores jurídicos a crear normas generales e impersonales, que desconocen las circunstancias concretas de los individuos a los que deben aplicarse. Por el otro lado, implica una subordinación de la igualdad a la libertad, pues no descarta la posibilidad de que, por las dinámicas del mercado, que tienen fundamento en la

¹⁶ Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. F.C.E. México, 1993, pp. 43-69.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

autonomía de la voluntad, se generen desigualdades de hecho en términos de concentración de recursos. Éstas, a su vez, no son jurídicamente relevantes, si se han conseguido en ejercicio de libertades económicas protegidas y reguladas por la ley, que reconocen la igualdad formal de las partes y respetan su voluntad libre, autónoma y conforme al ordenamiento jurídico.

Esta concepción formal de la igualdad, si bien tiene beneficios evidentes en lo que respecta al desarrollo del comercio, por ejemplo, al dinamizar y facilitar las transacciones, ha dado lugar también a una de las críticas más fuertes en contra del Estado liberal, por cuanto se considera que protege, de manera especial, la propiedad privada y la libertad contractual, medios que, sin duda, favorecen la concentración de capital en manos de quienes cuentan ya con acceso a los recursos del mercado. No obstante, esta crítica será objeto de estudio más adelante.

1.3. La división del poder

En el Estado liberal, la creación de las normas se le encarga exclusivamente al poder legislativo, pues es el que representa la voluntad de los individuos que hacen parte de la sociedad. Por lo tanto el legislador, como representante del pueblo, y la ley, como manifestación de su voluntad, son centrales para el sistema liberal. Los jueces y el ejecutivo juegan un papel secundario, que se reduce a la aplicación mecánica de la voluntad popular legislada y su ejecución, respectivamente.

El papel de los jueces en este sistema es (...) limitadísimo, pasivo por definición. Estos han de aplicar el tenor literal de la ley, estándoles

prohibida toda aplicación directa de la Constitución, así como cualquier interpretación creativa. Más que detentadores de una de las tres ramas del poder, según el esquema de Montesquieu, los jueces devendrán simples “dispensadores de silogismos” (...) ¹⁸

El juez, entonces, cumple el papel de árbitro neutral, que aplica normas claras y concretas, interpretadas a partir de los principios que están consagrados explícitamente dentro del sistema jurídico. El sistema está diseñado de tal forma que busca limitar, si no eliminar, el campo de interpretación del juez, por el temor a posibles arbitrariedades en la administración de justicia. Se considera que el sistema jurídico es un sistema cerrado y completo, y que el juez es un operador neutral y objetivo, que falla tan sólo con las herramientas del sistema.

1.3. Valor programático de la Constitución

La teoría constitucional europea decimonónica, que desarrolló los principios del Estado liberal, veía la Constitución como un documento político, “o, en el mejor de los casos, como una exigencia lógica de unidad del ordenamiento”¹⁹, carente de contenido normativo, salvo en las reglas sobre el funcionamiento y las relaciones entre los órganos del Estado.²⁰

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico aplicable por los jueces no tenía más enlace con la constitución que el hecho de proceder sus

¹⁸ Osuna, Nestor Iván. “Los derechos fundamentales en sede judicial.” En: *Derecho público, filosofía y sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 1996, p.374.

¹⁹ *Ibidem.* p.372.

²⁰ *Ibidem.*

normas de las fuentes de derecho que ella definía, pero sin ningún criterio de relación jerárquica o material entre el contenido del derecho aplicable y las disposiciones constitucionales.²¹

En este sentido, las disposiciones constitucionales se consideraban meramente programáticas, como acuerdos políticos de organización social carentes de contenido normativo, en el sentido de no ser exigibles judicialmente como el resto de las reglas del ordenamiento jurídico. La Constitución se entendía, no como una norma, sino como la fuente de la autoridad estatal para promulgarlas y el límite último de sus contenidos materiales.

1.5. Crisis del Estado liberal

A partir de los principios reseñados anteriormente, el Estado liberal logró transformar radicalmente la forma de concebir las relaciones sociales y la regulación estatal para proteger la libertad individual. En este proceso aportó, además, herramientas conceptuales determinantes para el desarrollo del comercio tal y como lo conocemos hoy en día. No obstante, desde la segunda mitad del siglo XIX, la continuidad e incluso el crecimiento de las desigualdades sociales que el Estado liberal prometió erradicar, demostraron la incapacidad de este modelo para solucionar, precisamente, aquellos problemas que habían dado lugar a su surgimiento.

Un caso muy ilustrativo de esta transformación fue el que se dio en Inglaterra, durante el siglo XIX. Según Sabine, alrededor de 1830 se presentaba en ese país un interesante

²¹ *Ibidem.*

debate político sobre los alcances de la libertad de contratación. Así, dentro del marco de la revolución industrial, se discutía si las leyes reguladoras de las horas y las condiciones de trabajo que reivindicaban los obreros explotados por esta revolución constituían una amenaza para la libertad de contratación y, por lo tanto, eran contrarias a lo que se creía debía ser el principio rector de la política liberal.

Según la interpretación tradicional, se pensaba que proteger a los trabajadores implicaba necesariamente el abandono de un ideal individual por un ideal colectivista.²² El debate se centraba así en el enfrentamiento entre el individuo y el Estado o la nación.²³ Sin embargo, lo que los liberales ingleses que discutían la protección del trabajo en el siglo XIX llamaban colectivismo, estaba lejos de configurar una teoría alternativa sobre la naturaleza de la sociedad; por el contrario, se designaba como colectivistas a quienes defendían al individuo del efecto destructivo de la revolución industrial sobre la sociedad. Lejos de tener sus raíces ideológicas en una concepción de la sociedad diferente a la del individualismo, esta reacción se fundamentaba más bien en una tendencia humanista que sostenía que el liberalismo, como movimiento político, no podía abandonar a su suerte al individuo en las condiciones de inequidad de la sociedad industrial.

En el siglo XIX, por lo tanto, la esfera política inglesa estaba dividida, y el liberalismo, como opción política, necesitaba apoyo popular. Por esta razón, se veía obligado a reinterpretar sus principios de tal forma que dieran una respuesta adecuada a las exigencias de la clase trabajadora que, después de la revolución industrial, representaba

²² Sabine, George. *Historia de la teoría política*. FCE. México, 1998. p.526.

²³ Berlin, "John Stuart Mill y los fines de la vida" En: *Four essays on liberty*. Oxford University Press. 1984. p.174.

un porcentaje importante de la población. Así, los liberales humanistas empezaron a desarrollar políticas tendientes a proteger los salarios, las horas y las condiciones de trabajo, aún en contra del principio de no intervención del Estado en la libertad de contratación individual.

Según la interpretación tradicional del liberalismo, esta intervención era contraria a la libertad individual de contratación, pues en principio se sostenía que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes podían pactar salarios, horarios y condiciones laborales que el Estado no tenía por qué controlar. Por lo tanto, apoyar a la clase obrera, implicaba para el liberalismo el reto de la reinterpretación de sus principios fundamentales. Para lograr este cambio, era preciso reformular la naturaleza y las funciones del Estado, la naturaleza de la libertad y de la coacción legal.²⁴ Este giro interpretativo parecía no sólo necesario para responder a unas condiciones sociales que atentaban contra la dignidad del individuo, sino también para demostrar que el liberalismo no era solamente una ideología de intereses de las clases privilegiadas, sino que era una filosofía social.

Uno de los representantes más importantes de esta tendencia humanista fue John Stuart Mill, quien creía que la intervención del Estado era necesaria para garantizar condiciones de dignidad a los individuos que hacen parte de la sociedad. Así, si bien en principio podría acusársele de iliberal por propiciar la intervención del Estado en el ámbito privado, lo cierto es que la fundamentación de dicha intervención se encuentra en la protección del individuo como un valor superior. De esta forma se realizaba el

²⁴ Sabine, *op.cit.* p.528.

postulado liberal de que la libertad de un individuo tiene como límite la esfera individual del otro, y se protegía su integridad. Así, la teoría de Mill sigue siendo liberal, porque busca proteger el desarrollo autónomo y racional del individuo, frente a la amenaza de la homogeneidad social y de la explotación de los más débiles.

Mill simplemente descartó el dogma del liberalismo anterior de que la mayor cantidad de libertad coincide con la falta de legislación y aceptó el hecho evidente de que hay muchas formas de imposición además de las ejercidas por la ley.²⁵

Estas crisis que enfrentó el liberalismo en Inglaterra resume, de manera general, el debate que han vivido distintas sociedades, en distintos momentos históricos, respecto a la necesidad de transformar los esquemas liberales de regulación y de desarrollar instituciones más acordes con las realidades sociales.

En este sentido, a lo largo de la historia, distintos movimientos sociales han puesto de presente que los modelos de abstención e igualdad formal característicos del Estado liberal tienen el problema de basarse en una concepción homogénea de la población, que no es real, pues existen diferencias de hecho –económicas, intelectuales, de raza o religión, entre otras-, que no se protegen o remedian adecuadamente con la idea de la neutralidad y la limitación del Estado.²⁶

²⁵ *Ibidem.* p. 533.

²⁶ En el siglo XIX, para la transformación del Estado liberal, fueron determinantes los movimientos sindicales y, en general, los movimientos que buscaban la defensa de los intereses de la clase obrera; en el siglo XX, fueron muy importantes los movimientos feministas y aquellos que defendieron los derechos de las minorías raciales y culturales. Respecto al primer punto, ver: León, Pierre. *Historia económica y social del mundo*. Ediciones Encuentro. Madrid, 1978, p. 359 y Pérez-Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998; respecto al segundo punto ver, entre otros, Pedersen, Susan. *Family, dependence, and the origins of the Welfare State*. Cambridge University Press. NY, 1993; Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona, 1996; Taylor, *op. cit.*

Por ejemplo, se ha sostenido que la regulación general y abstracta de dinámicas del mercado de capitales, así como la protección absoluta de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada no permiten, en la práctica, que la mayoría de la población llegue a satisfacer sus necesidades básicas, pues está conformada por grupos que se han visto históricamente en desventaja²⁷, y que, por lo tanto, no tienen los recursos suficientes para interactuar en el mercado.

El replanteamiento teórico que empieza en la segunda mitad del siglo pasado, surge de la evidencia fáctica de la ruptura de los postulados acuñados por la teoría clásica. El Estado, ante agudos conflictos sociales reconoce, incluso al nivel constitucional, que la sociedad no es un ámbito natural de libertad que debe permanecer inmune a la acción pública. La evidente relación de subordinación social que parte de organizaciones como los partidos políticos, los sindicatos o las grandes empresas, presiona la ruptura de la idea de la igualdad social, pues se descubren poderes privados o corporativos que han de ser reconocidos jurídicamente y regulados, con el fin de proteger al ciudadano.²⁸

El Estado se ve entonces obligado, por las presiones de estos grupos marginados, a abandonar su posición neutral y ajena a las fuerzas del mercado, para entrar a proteger a los menos favorecidos y contribuir a la solución de la situación de miseria generalizada,

²⁷ Estos grupos incluyen entre otros, grupos en desventaja económica por las dinámicas de explotación de los trabajadores y la acumulación inequitativa del capital; grupos en desventaja racial o cultural, por la esclavitud y otras formas de opresión y discriminación en virtud de la pertenencia a un grupo racial o cultural distinto al de la mayoría de la población, o en virtud de la defensa de ideas políticas disidentes; grupos en desventaja por género: por las dinámicas de las sociedades patriarcales que no reconocen a las mujeres como agentes económicos. Al respecto ver: Kymlicka, Will. *op. cit.*, y Fraser, Nancy. “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En: *Justicia social*. Estudios Ocasionales CIJUS. Universidad de los Andes. Bogotá, Noviembre 1997.

²⁸ Corte Constitucional Sentencia C-587/92. Es importante aclarar que la expresión “la segunda mitad del siglo pasado” hace referencia, en esta cita, a la segunda mitad del siglo XIX.

que tiene sus orígenes, en parte, en las dinámicas de la Revolución Industrial.²⁹ Esta intervención se dio inicialmente a partir de la aplicación de políticas asistenciales sectoriales, que buscaban mejorar principalmente las condiciones de los trabajadores.³⁰ No obstante, la complejidad de las sociedades modernas llevó a postergar la erradicación de estas medidas temporales, que crecieron y se ampliaron hasta convertirse en “mecanismos propios de un modelo de Estado cuya función primordial consiste en promover la efectividad real de los derechos de los seres humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos”.³¹ Como lo ha señalado la Corte Constitucional,

Con la fractura de la convicción igualitaria (los hombres son iguales en la medida en que lo son ante la ley) se quiebra una de las categorías que soportan todo el orden constitucional clásico, y con ello, entra en crisis la idea del Estado gendarme y aparece el Estado interventor, que se desarrolla al nivel constitucional en lo que va corrido del presente siglo.³²

En este contexto, esta intervención del Estado o su carácter social, hace referencia a un proceso de partición, distribución y adjudicación de los recursos del mercado e implica una transformación de la función del Estado, que deja de vigilar marginalmente la

²⁹ León, Pierre. *op. cit.*, p.359.

³⁰ “Se trataba así de una política sectorial, no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no precedía, sino que seguía a los acontecimientos.” García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Ed. Alianza. Madrid, 1995, p.18. Un ejemplo significativo de lo anterior se presentó en Alemania, entre 1883 y 1889, cuando Otto von Bismark introdujo un sistema de seguridad social para los trabajadores, con el fin de brindarles protección en caso de accidente, enfermedad o vejez. Obviamente, el objetivo de Bismark no era instaurar un modelo de Estado de contenido social, sino más bien contener la oposición al régimen marcadamente autoritario y monárquico que lideraba; irónicamente, sus políticas asistenciales se consideran uno de los orígenes del Estado social. Al respecto ver, Morales, John Jairo. *Derecho económico constitucional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002, p.25.

³¹ Salgar, Luis Jaime. “El costo de los derechos sociales”. En: *Precedente Anuario Jurídico*. Universidad ICESI. Cali, 2002, p.98.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-587/92.

actividad privada para participar activamente en el proceso de asignación de los escasos recursos disponibles³³.

Así, se transforma la idea de que la libertad se consigue a través de la limitación de las actuaciones del Estado y de los terceros respecto a la esfera privada del individuo, y se empieza a pensar que sólo se logra cuando se ha garantizado, previamente, que las personas puedan acceder a los recursos del mercado en igualdad de condiciones, no solamente en el sentido de ser igualmente libres de la intervención estatal indebida, sino también en el sentido de gozar de una igualdad de recursos básicos³⁴ que les permitan participar efectivamente en el mercado y, en general, en las dinámicas sociales.

Esta transformación refleja un cambio fundamental en los conceptos de libertad e igualdad, así como en la relación que tradicionalmente se establecía entre ambos; mientras que en el Estado liberal la igualdad se garantiza en la medida en que los seres humanos son libres, bajo esta nueva concepción, la libertad sólo se consigue una vez se ha garantizado la igualdad material, es decir, la igualdad de recursos para ejercer su libertad.

No obstante, esta intervención estatal para la promoción de la justicia social ha tenido distintas manifestaciones prácticas que es importante señalar.

³³ Forsthoft, Ernst. *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

³⁴ En términos de Rawls, un mínimo de 'bienes primarios'. Al respecto ver: Rawls, John. *Teoría de la justicia*. FCE. México, 1997.

2. El Estado de bienestar

El Estado de bienestar se presenta principalmente en los países escandinavos³⁵ y lleva el principio de universalidad de los beneficios sociales hasta sus últimas consecuencias, de tal forma que el Estado está obligado a proporcionar directamente o a garantizar la prestación de todo tipo de servicios a toda la sociedad.³⁶

Esta fórmula se traduce en una mezcla de programas universalistas en los que los trabajadores de menor ingreso gozan de los mismos beneficios de los asalariados más exitosos, y todos los estratos están incorporados al sistema de protección social.³⁷ Si bien se conservan algunas diferencias derivadas del mérito, en general todas las personas tienen las mismas oportunidades y el acceso al mismo tipo de recursos, lo que tiende a disminuir significativamente el impacto de estas diferencias sobre la calidad de vida de las personas.³⁸

³⁵ Al respecto ver: Esping-Andersen, Gosta. *Three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press, 1993. El modelo de Estado que en este trabajo se denomina Estado de bienestar, es lo que Esping-Andersen llama en su libro el Estado de bienestar de corte social-demócrata, que es el más radical de los distintos modelos de bienestar europeos que analiza en su libro. Entre estos otros modelos se encuentran, por ejemplo, el Estado de bienestar conservador y Estado de bienestar liberal y países como Francia y Alemania. No obstante, las diferencias entre estos modelos fueron objeto de análisis en la tesis para optar por el título de abogada, razón por la cual o serán analizados en este trabajo.

³⁶ En Estados Unidos, el Estado de bienestar o *Welfare State* nunca se consolidó como un modelo institucional sólido de intervención estatal en el sistema tradicional de mercado, sino que fue el nombre dado al desarrollo de una serie de políticas sectoriales de Franklin D. Roosevelt, destinadas a impulsar la economía devastada por dos guerras mundiales, dentro del marco de los que se llamó su “New Deal”. La Corte Suprema de Justicia estadounidense, por su parte, rechazó reiteradamente el contenido de esta propuesta, sobre todo en términos de beneficios laborales para los trabajadores, por considerarla contraria a la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y de mercado. No obstante, la Corte tuvo que ceder a las presiones políticas y sociales, y aceptar la intervención del gobierno, aunque esto nunca determinó un cambio significativo en términos de la función del Estado como tal, ni llevó a una reforma Constitucional. De hecho, al poco tiempo, el déficit fiscal y la erogación exagerada de gastos llevó a los estadounidenses a volver al modelo de intervención marginal del Estado en el mercado. López, Diego. “El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales bajo la constitución colombiana de 1991”. Mimeo.

³⁷ Esping-Andersen, *op. cit.*

³⁸ *Ibidem.*

Es evidente que este modelo requiere una gran cantidad de recursos, que rara vez se encuentran en sistemas económicos en desarrollo como el colombiano. En este sentido, el carácter universal de las prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar tiene tres problemas que la Corte Constitucional ha sintetizado así:

- a) Crecimiento exagerado del aparato administrativo del Estado, lo que genera grandes costos e ineficiencias.
- b) Incremento indebido del gasto público que lleva a grandes crisis fiscales.
- c) Otorgamiento de un poder exagerado a aquellos particulares contratados por el Estado para prestar los diversos servicios sociales.³⁹

Sin embargo, independientemente de estos problemas, la jurisprudencia y la doctrina⁴⁰ le han reconocido al Estado de bienestar el haber intentado dar una solución a los grandes problemas de desigualdad en la distribución de los recursos, a través de la institucionalización de la obligación de satisfacer las necesidades básicas de los menos favorecidos como un derecho constitucional y no simplemente como un acto de caridad.

En este sentido, mientras que el Estado liberal “impide la intervención del Estado para favorecer a ciertas personas o grupos, y tiene como idea central el abstencionismo”, tanto el Estado de bienestar como el Estado social son modelos “de prestaciones y redistribución con fines de asistencia obligatoria”⁴¹.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-533/92.

⁴⁰ Entre otros, ver: Pérez-Luño, *op. cit* y Corte Constitucional, *ibidem*.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-441/93. M.P. José Gregorio Hernández.

3. El Estado social

Hasta el momento, he intentado mostrar los elementos fundamentales que caracterizan, en opinión de la Corte, a los modelos de Estado que antecedieron al Estado social. En este sentido, el Estado liberal se presenta como un modelo básicamente de abstención, que reconoce la igualdad formal de los ciudadanos, respeta su voluntad y busca promover, ante todo el desarrollo de su libertad individual. El Estado de bienestar, por su parte, aparece como un modelo comprometido con la superación de las inequidades sociales, a través de la inversión de grandes recursos, con el fin de garantizar la prestación universal de los servicios que garantizan la satisfacción de las necesidades básicas.

A continuación, voy a analizar cómo, en opinión de la Corte, el Estado social retoma, reinterpreta o, en ciertos casos, rechaza estos elementos fundamentales del Estado liberal y el Estado de bienestar, con el fin de determinar cuáles son, según la jurisprudencia, las características que definen al Estado social de Derecho en Colombia.

3.1. El carácter subsidiario de intervención estatal

Para la Corte Constitucional, el Estado social de derecho “hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias

económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección”.⁴²

Así, el Estado social se erige como un modelo institucional orientado a garantizar estándares sociales que se consideran mínimos (como un salario, alimentación, salud, vivienda, educación, etc). No obstante, se ha sostenido que la intervención del Estado se ve limitada, en el caso del Estado social, por el principio de urgencia. Según Rodolfo Arango⁴³, este principio implica el carácter subsidiario de la obligación estatal, en el sentido de que condiciona su procedencia a la ausencia de otros medios de subsistencia, y a la gravedad de las consecuencias que la falta de asistencia puede traer. Para Arango, la urgencia de la situación en la que se encuentra una persona en circunstancias de debilidad manifiesta, la indignidad de su estado y la vulneración efectiva de sus derechos fundamentales, activan el deber subsidiario del Estado de velar por su bienestar.⁴⁴

Este es, tal vez, el punto que permite diferenciar más claramente el Estado de bienestar del Estado social pues, aunque ambos buscan remediar las inequidades sociales, el primero, como se señaló anteriormente, lo hace garantizando beneficios y servicios para toda la población, independientemente de las circunstancias concretas en que se encuentre cada persona, mientras que el segundo se concentra en la nivelación de los

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁴³ Ver, entre otros artículos, por ejemplo: Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. En: *Pensamiento Jurídico No. 8*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional. Bogotá, 1997.

⁴⁴ Para ilustrar esta idea, el Dr. Arango asimila la obligación del Estado al deber que tendría cualquier persona de salvar a un niño que se está ahogando a su lado, si está en condiciones de hacerlo. En principio, es claro que la responsabilidad directa por la situación urgencia del niño recae en sus padres, quienes son los responsables por su bienestar. No obstante, la urgencia de la situación y la posibilidad real de que el niño muera, activan una responsabilidad subsidiaria en la persona que se encuentra a su lado.

grupos desfavorecidos y de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

Este es también el punto que hace que el Estado social sea, en mi opinión, más cercano al Estado liberal que al Estado de bienestar, pues este carácter subsidiario de la intervención estatal intenta conservar, al máximo, la idea de un individuo racional autónomo, capaz de sostenerse con sus propios medios, y que sólo requiere de la solidaridad social en casos excepcionales. Esta idea tiene, sin duda, un fundamento profundamente liberal, pues aún cuando se acepta la intervención del Estado, se busca que ésta sea lo más limitada posible.

Aunque el Estado social se diferencia del Estado de bienestar en términos del alcance y la distribución de los beneficios sociales, como lo señala la Corte, el Estado social recoge del Estado de bienestar la idea de exigir normativamente la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, apelando a dos principios importantes: la dignidad humana y la solidaridad, principios que tienden a atenuar el carácter individualista del Estado liberal, sin que por eso se pierda al individuo como eje central del sistema.

3.2. La dignidad y la solidaridad en el Estado social

Para la Corte Constitucional, el principio de la dignidad humana, que se constituye como fundamento del orden constitucional en Colombia, hace referencia al ideal de que las personas tengan acceso a un mínimo de recursos que les permitan vivir en

condiciones dignas, es decir, que les permitan satisfacer sus necesidades elementales de vivienda, alimentación, salud, etc. En términos de la Corte,

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.N. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como ‘vida plena’. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.⁴⁵

En otra sentencia, la Corte explica los alcances del principio de dignidad humana así:

La Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad. (...) Se trata pues de defender la vida, pero también una cierta calidad de vida. En el término ‘dignidad’, predicado de lo ‘humano’, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista: es necesario aún que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.⁴⁶

Por su parte, el principio de solidaridad, se presenta como la fórmula normativa⁴⁷ para vincular al Estado y a los particulares en la efectiva garantía de estos mínimos que permiten vivir con dignidad. En este sentido, afirma la Corte,

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-575/92. M.P. Alejandro Martínez.

⁴⁷ Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, “en el constitucionalismo colombiano, la solidaridad es uno de los fundamentos del Estado social de derecho, y como tal está consagrado en el artículo 1 de la Carta. Pero, al mismo tiempo, la solidaridad es un deber de las personas consagrado en el artículo 95.2 superior, deber que impone el despliegue de acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.” Corte Constitucional. Sentencia. T-170/05. M.P. Jaime Córdoba.

El principio de solidaridad atenúa el rigor abstracto del principio de igualdad liberal, según el cual las personas son iguales ante la ley y sólo ante la ley. Mientras en el Estado liberal clásico se apelaba a los sentimientos de fraternidad de las personas más pudientes económicamente, en el Estado social de derecho, la desigualdad material se enfrenta acudiendo al principio normativo de la solidaridad, el cual sirve para definir la dimensión de las cargas públicas que cada persona debe soportar y, en términos generales, para aplicar el principio de la igualdad.⁴⁸

Así, vemos cómo tanto el principio de dignidad humana como el de solidaridad juegan un papel fundamental en el Estado social, pues dejan de tener un contenido moral o ético para tener un carácter jurídico vinculante, que conlleva consecuencias directas en la regulación de la sociedad. Estos dos principios hacen énfasis en la centralidad de la persona humana, pero invierten la ecuación liberal según la cual la igualdad está subordinada a la libertad, y complementan el contenido material de la igualdad en el Estado social, al limitar los alcances de actividades legítimas y al exigir, a ciertas personas y en algunos casos, cargas adicionales, que afectan su ámbito de libertad. Para la Corte,

Si estas mínimas exigencias de humanidad y consideración no estuvieran fundadas en derechos y principios como los de dignidad del ser humano, solidaridad, lealtad y buena fe y no fueran jurídicamente exigibles en supuestos de afectación de derechos fundamentales, habría que concluir

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia. T-005/95. M.P. Eduardo Cifuentes.

que la democracia constitucional colombiana ha sido suplantada por un rígido formalismo jurídico.⁴⁹

Vemos entonces cómo los principios de solidaridad y dignidad humana son definitivos al momento de definir el alcance del Estado social de Derecho en Colombia, e implican una transformación en la concepción tradicional formalista del Derecho. No obstante, la simple enunciación de estos principios no es suficiente para entender la estructura conceptual y normativa que sustenta al Estado social y su forma alternativa de interpretar el Derecho. A continuación se analizarán algunos de los puntos que complementan estos principios y nos dan un mapa más completo del Estado social como, por ejemplo, la acentuación de los elementos finalistas del Estado, la reinterpretación del concepto de igualdad, el valor normativo de la Constitución, y la transformación del papel del juez en el sistema jurídico.

3.3. Acentuación de los elementos finalistas del Estado

Para la Corte Constitucional, los fines consagrados en el preámbulo, así como la definición misma del Estado como un Estado social en la Constitución, no tienen un carácter retórico, sino que conllevan consecuencias directas para los operadores jurídicos y en general para los actores sociales.

Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia. T-170/05.

político, económico y social justo (Preámbulo, CP art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna.⁵⁰

El Estado social reconoce que el conformarse con la limitación del poder y el establecimiento de una igualdad formal desconoce una realidad de contradicciones e injusticias sociales que coartan, a la larga, la libertad de todos. Por esta razón, le da una gran importancia a los “elementos finalistas que guían la actividad estatal, administrativa y política.”⁵¹ En palabras de la Corte:

La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales (...)El Estado, en desarrollo de sus fines esenciales, está en el deber constitucional de proteger efectivamente los derechos de la persona, correspondiendo a la autoridad pública encontrar las alternativas jurídicas para garantizar su ejercicio y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares (CP art. 2).⁵²

Aunque estos fines comunes, en principio, son contrarios a la idea de una libertad individual entendida como la posibilidad de reservar un espacio autónomo respecto a la intervención del Estado y de terceros, dentro del marco del Estado social, estos fines,

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia. T-426/92.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia. T-505/92.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia. T-533/92.

más que limitar los intereses individuales, lo que hacen es generar las condiciones adecuadas para que cada persona pueda desarrollarse libremente.

Como lo explica muy claramente la doctrina alemana, “el concepto de libertad (...) no puede ser entendido en tanto que limitado por los intereses comunitarios, sino que es precisamente el respeto a esos intereses comunitarios, el que permite establecer la libertad individual, fin primario y esencial de la Constitución, y que por eso mismo es parte esencial de dicha libertad”.⁵³

3.4. La igualdad material y las circunstancias de debilidad manifiesta

Para la Corte Constitucional, el compromiso del Estado social con la dignidad humana, la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos, conlleva el abandono de la concepción tradicional de igualdad formal y de la neutralidad del Estado. En sus palabras:

La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución.⁵⁴

El rompimiento de la categoría tradicional de igualdad formal, lleva a la adopción de un modelo de igualdad material, que parte del reconocimiento de la heterogeneidad social

⁵³ “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”. En: Abendroth, Fortshoff y Dohering, *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda.

y, según el cual, es necesario tener en cuenta ciertos criterios diferenciadores en el momento de hacer un juicio de igualdad,⁵⁵ de tal forma que se trate igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.⁵⁶ Como lo sostiene la Corte, “ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo,”⁵⁷

Pero este reconocimiento de la existencia de una obligación de prestación activa para el Estado a favor del individuo, no sólo se da a un nivel general; la Corte resalta la importancia de su intervención especialmente a favor de los grupos en circunstancias de debilidad manifiesta. En este sentido, la Corte parte del reconocimiento de la existencia de los que han sido llamados por la doctrina grupos desaventajados, es decir, grupos minoritarios de personas, unidos entre sí por una característica común que los pone en desventaja frente al grupo mayoritario de la población, ya sea por prejuicios sociales o tradiciones culturales que llevan a su discriminación, por su estado de indefensión o, por impedimentos físicos que les dificultan llevar una vida autónoma y productiva según los estándares de comportamiento de la sociedad.⁵⁸ Son grupos sobre los cuales se ciernen

⁵⁵ Respecto al proceso de evaluación de la igualdad como un juicio subjetivo ha sostenido la Corte: “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los ‘términos de comparación’. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.” Corte Constitucional. Sentencia. T-422/92.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-022/96. M.P. Carlos Gaviria.

⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia T-595 de 2002.

⁵⁸ Garagarella, Roberto. “Introducción”. En: Garagarella, Roberto. (Comp). *Derecho y grupos desaventajados*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999. p.17 Así mismo, la Constitución de 1991 reconoce explícitamente como grupos que merecen especial protección del Estado a los niños (art.44), los ancianos (art.46) , las madres cabeza de familia (art.43) y los discapacitados (art.13) entre otros.

amenazas persistentes, pero que no tienen suficiente poder político para impulsar reformas institucionales y legislativas a su favor, sin que las mayorías obstaculicen este objetivo. Así, la Corte adopta el mandato constitucional que ordena al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.⁵⁹

Este reconocimiento, aunque en un principio parece contrario a la idea liberal del Estado, hace referencia a uno de sus postulados más esenciales, como es la protección del individuo y de su capacidad autónoma de elegir un plan de vida acorde a sus creencias. En este sentido, lo que busca el Estado al proteger a los grupos minoritarios no es beneficiar colectividades, sino más bien proteger a los individuos que las conforman. Así, se acepta la “necesidad de otorgar protecciones especiales a ciertos grupos, como modo de resguardar mejor los intereses de los individuos que integran tales grupos.”⁶⁰

En este sentido, el artículo 13 de la Constitución tiene una estructura interesante. Primero, afirma que todos los ciudadanos *nacen* libres e iguales ante la ley y, así, le reconoce a todos los seres humanos su carácter igualitario en tanto personas morales. No obstante, los dos incisos siguientes matizan esta afirmación, reconociendo la existencia de diferencias sociales, personales y económicas que generan desigualdades

⁵⁹ Art. 13 Constitución de 1991.

⁶⁰ Gargarella, *op. cit.* p. 19.

de hecho, y haciendo un llamado para la protección de aquellos que, por estas diferencias, se encuentran en situación de desventaja.⁶¹

Al analizar el alcance de estos últimos incisos, Manuel José Cepeda ha sostenido lo siguiente:

Se trata de la posibilidad de adoptar medidas dirigidas específicamente a favorecer a ciertos grupos de la sociedad que tradicionalmente han sido discriminados o marginados, por ejemplo, a causa de su raza, su sexo, sus creencias o condición social, de tal forma que este tratamiento especial tiende a remediar la situación desventajosa en que se encuentran, promueve el surgimiento de nuevos valores que impidan que en el futuro se les continúe discriminando y garantice su acceso a determinados foros de decisión, lugares de capacitación o en general, a aquellos beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.⁶²

En el Estado social, por lo tanto, el Estado es obligado a abandonar su carácter neutral y a intervenir activamente para favorecer a estos grupos en desventaja, pues sólo así pueden éstos estar en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad y ser realmente libres. En palabras de la Corte,

⁶¹ “Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁶² Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, 1992.

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.⁶³

Pero la transformación del Estado social no sólo significa un cambio en términos de los fines y los objetivos del Estado, sino también en la estructura misma del ordenamiento jurídico, pues de otra forma sus contenidos no podrían realizarse adecuadamente. A continuación analizaré algunos de esos cambios estructurales que conlleva el Estado social.

3.5. Valor normativo de la Constitución

Al analizar el cambio que implica el Estado social en términos del valor normativo de la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia, generalmente al proceso histórico que vivió Europa durante la primera mitad del siglo XX. En este sentido, se afirma que la manipulación de las mayorías políticas⁶⁴ que llevó a las dictaduras de Hitler y Mussolini, entre otros, mostraron los límites que la división del poder y de la

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia. T-422/92.

⁶⁴ A este respecto es especialmente significativo, de nuevo, el caso de Alemania. El hecho de que Hitler fuese elegido democráticamente en las elecciones populares de enero de 1933, y que basara sus facultades extraordinarias –que luego degeneraron en un poder dictatorial- en el artículo 48 de la Constitución democrática y social de Weimar, pusieron en evidencia las fallas de la idea de prioridad del poder legislativo y del principio de las mayorías, que contribuyeron, en este caso, a la configuración de uno de los regímenes más sangrientos de la historia. Al respecto ver, entre otros, Williamson, D.G. *The Third Reich*. Longman Seminar Studies in History. New York, 1996, p. 10.

primacía del legislativo respecto a la efectiva protección de los derechos constitucionales.

La percepción de que el legislador podía dejar de ser el garante óptimo de los derechos de los ciudadanos para convertirse en la mayor amenaza de la libertad y hacer de la ley una fuente sistemática de injusticia (...) determinaron el abandono del positivismo jurídico y de los principios legicentristas que habían informado el pensamiento jurídico. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra se centrará así en la búsqueda de fórmulas que impidan la violación de los derechos fundamentales y que bloqueen cualquier posibilidad de perversión autoritaria de los poderes constituidos.⁶⁵

Una de estas fórmulas es la de otorgarle un valor normativo directo a la Constitución, que deja de ser un documento político declarativo para convertirse en una norma jurídica de aplicación directa por parte de los jueces en la resolución de conflictos entre particulares, y entre particulares y el Estado.

Esta fórmula tiene en nuestro país, dos manifestaciones claras, una en la Constitución y otra en la jurisprudencia Constitucional. La primera tiene que ver con las transformaciones explícitas que tuvo la jurisdicción constitucional en la Constitución de 1991 respecto a la Constitución de 1886, la segunda, con el alcance que le ha dado la Corte a este cambio. A continuación reseñaré y analizaré brevemente algunos de los elementos que caracterizan esta transformación.

⁶⁵ Osuna, *op. cit.*, Pp.377-378.

3.5.1. La jurisdicción constitucional en las Constituciones de 1886 y 1991

Bajo la Constitución de 1886 existía un control constitucional concentrado, que permitía el análisis de la concordancia entre las leyes y decretos legislativos y los contenidos de la Carta Política. Este control de constitucionalidad era ejercido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, previo análisis y elaboración de ponencia por parte de la Sala Constitucional de dicha Corporación.⁶⁶ Por su parte, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo era competente para resolver sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno.⁶⁷

La Constitución autorizaba a la Corte Suprema a ejercer el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley objetados como inexecutable por el Gobierno, tanto en términos de fondo como de forma.⁶⁸ Así mismo, le permitía decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de sus facultades excepcionales.⁶⁹

Aunque la norma sobre control constitucional de las leyes mediante acción popular sólo fue establecida en 1910, debe observarse que la constitución original había establecido ya desde 1886 dos principios esenciales en esta materia, a saber:

1° El de que los Tribunales podían, por vía de excepción, dejar de aplicar las leyes inconstitucionales o los decretos ilegales. (...)

2° Se estableció el sistema de que las objeciones del Presidente a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando versaran sobre

⁶⁶ Art. 214 Incisos 1 y 3. Constitución 1886.

⁶⁷ Art. 216 Constitución 1886.

⁶⁸ Art. 214 Numeral 1. Constitución 1886.

⁶⁹ Art. 214 Numeral 2. Constitución 1886.

inconstitucionalidad del proyecto, deberían ser decididas por la Corte Suprema.⁷⁰

El fundamento jurídico de este control constitucional del ordenamiento se encontraba en el artículo 215, según el cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.” Así, aunque existía un control constitucional establecido por la Constitución de 1886, lo cierto es que éste se limitaba a revisar que las normas del ordenamiento no fueran contrarias a la Constitución y, en esa medida, no se entendía como una forma de aplicar sus contenidos directamente a casos concretos, como se acostumbraba respecto a las normas de rango legal. La Corte Suprema no podía tramitar procesos tendientes a defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco de sus relaciones privadas o con el Estado, pues no existían acciones judiciales previstas para la aplicación directa de los derechos constitucionales.

La creación, en 1991, de una jurisdicción constitucional independiente de la jurisdicción ordinaria, con una Corte Constitucional en su nivel jerárquico superior⁷¹ y en la que se aplica un control difuso⁷² de constitucionalidad, tuvo, sin duda, repercusiones importantes sobre la forma de concebir el valor vinculante de la Constitución dentro del ordenamiento. Pero con la Constitución de 1991 no sólo cambia el control constitucional en términos de la autoridad competente para ejercerlo, o de sus alcances, sino que, principalmente, cambia el fundamento jurídico para hacerlo. Así, mientras que

⁷⁰ Holguín Holguín, Carlos. “La estructura de la Constitución de 1886”. En: Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Ibidem*. p. 256.

⁷¹ Arts. 116, 241 y ss. Constitución de 1991.

⁷² Un control difuso pues no se le encarga a un órgano concentrado, sino que, en virtud de los artículos 86 y 88 de la Constitución de 1991, cualquier juez puede llegar a ejercer la jurisdicción constitucional.

el artículo 215 de la Constitución de 1886 consagraba la primacía de la Constitución como un criterio hermenéutico de validez de las normas del sistema, la Constitución de 1991 consagra en su artículo 4 la primacía de la Constitución como “norma de normas”.

En este sentido, la Constitución de 1886 no le atribuía explícitamente el carácter de norma a la Constitución, como lo hace la Constitución de 1991 en su artículo 4, sino que se limitaba a sostener, en el artículo 215, que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, primarían las disposiciones constitucionales. Si bien el cambio es sutil, contiene una transformación muy significativa en términos del valor de la Constitución en el sistema jurídico que, deja de entenderse como un documento político programático para entenderse como una norma jurídica. Esta transformación le da un fundamento normativo y un sentido al hecho de consagrar acciones judiciales constitucionales, en la medida en que éstas buscan hacer efectivos los mandatos de la Constitución, a nivel jurisdiccional, a través de la aplicación de sus contenidos a casos específicos, y de la derivación de consecuencias jurídicas de las mismas, dentro del marco de las relaciones de los ciudadanos con el Estado, pero también de sus relaciones privadas.

Así, la introducción de distintas acciones constitucionales en la Constitución de 1991, como la acción de tutela,⁷³ o las acciones populares y de grupo⁷⁴, cambió por completo la forma de integrar los mandatos constitucionales al sistema jurídico, pues se presentan

⁷³ Art. 86 Constitución 1991.

⁷⁴ Art. 88 Constitución 1991. La Constitución incluso deja abierta la puerta para que la ley desarrolle otro tipo de acciones tendientes a hacer efectiva la protección de los derechos constitucionales frente a acciones u omisiones de autoridades públicas, en el artículo 89.

como las herramientas para hacer efectivas sus normas dentro del marco de situaciones concretas, ampliando así el alcance de a jurisdicción constitucional.

3.5.2. La jurisdicción constitucional en la jurisprudencia de la Corte

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha mencionado la fórmula del valor normativo de la Constitución como una de las características del Estado social y democrático de derecho en Colombia. En este modelo, la Constitución deja de ser una guía normativa de interpretación, para convertirse en una norma más del ordenamiento jurídico que, si bien tiene una jerarquía superior y unos contenidos de diversa significación, debe ser aplicada por todos los jueces de la república al ejercer funciones constitucionales. En palabras de la Corte, “la Constitución es norma de normas (CP art. 4), pero en modo alguno es una norma ordinaria que sólo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico.”⁷⁵

Esta jerarquía superior de la Constitución y su caracterización como norma y no sólo como criterio de interpretación, implica un cambio importante en el funcionamiento del sistema jurídico, pues sus mandatos, aunque vagos e indeterminados, irradian a todo tipo de actuaciones jurisdiccionales.

En el estado social de derecho –que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93.

sociedad y no del individuo en abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.⁷⁶

Por lo tanto, el hecho de reconocer un valor normativo al texto constitucional, tiene dos consecuencias. Por un lado, la ley pierde el lugar central que solía ocupar en el Estado liberal, y las normas constitucionales pasan a ocupar su lugar; así, la Constitución no sólo funciona, en este modelo, como parámetro para determinar el contenido de las leyes, sino también para determinar su debida aplicación en la práctica, de cara a las circunstancias concretas de cada caso. Por otro lado, amplía el marco de intervención estatal en las relaciones privadas, lo que afecta la división tajante que el Estado liberal establecía entre el ámbito público y el ámbito privado, dándole un mayor alcance al ámbito público, a través del reconocimiento de las implicaciones constitucionales de diversas relaciones privadas que se consideraban sujetas a la autonomía de la voluntad y a la regulación de las leyes civiles y comerciales.

En este sentido, para la Corte Constitucional, hay momentos en los que “el estricto seguimiento de las prescripciones legales no (...) conduce a los objetivos propuestos por el sistema”, pues “la efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre objetivos y resultados.”⁷⁷

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia. T-005/95.

Bajo esta perspectiva, en el Estado social de derecho “no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales”⁷⁸ y por lo tanto, es posible que la aplicación de la ley, que en apariencia procede en un caso concreto, ceda el paso a la aplicación directa de la Constitución, por parte de la rama jurisdiccional del Estado.

3.5.3. Acciones constitucionales

Para la Corte Constitucional, el Estado social no sólo implica una concepción doctrinaria distinta a la del Estado liberal, sino que también conlleva la creación de mecanismos judiciales efectivos correspondientes a la idea de la Constitución como una norma jurídica dentro del ordenamiento. Así en el Estado social, se consagran acciones jurídicas específicamente destinadas a proteger los derechos y libertades contenidas en su texto, que permiten exigir a una autoridad pública, su aplicación directa a un caso concreto.

Dado que el Estado adquiere un papel activo en la protección de los derechos, se crea un sistema cada vez más completo de garantías, que hace cierta y eficaz la responsabilidad del poder público frente a posibles vulneraciones. De ahí, la existencia de la justicia constitucional y el establecimiento, en la mayoría de los regímenes constitucionales, de un recurso de amparo o tutela judicial efectivo.⁷⁹

Como lo señala Clara López, la nueva Constitución “reclama supremacía dentro del ordenamiento jurídico, sus normas son directamente aplicables, prioriza la

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

materialización del derecho frente a la literalidad de la propia ley y erige a la Corte Constitucional en guardián de su integridad que es tanto como decir de su efectividad.”⁸⁰ En este sentido, como se mencionó anteriormente, la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares y de grupo, así como la acción pública de inconstitucionalidad, son ejemplos claros de lo anterior en el contexto colombiano.

3.5.4. El papel del juez

Si bien es cierto que la Constitución se ve respaldada, en el Estado social, -como cualquier norma legal-, por una serie de acciones jurisdiccionales conducentes para exigir su aplicación, también es cierto que su contenido es muy distinto al de las normas que contemplan derechos subjetivos, pues dado que buscan regular todo tipo de temas, se caracterizan por tener una textura abierta y estructura diversa⁸¹, que rara vez contempla obligaciones claras, expresas y exigibles.

Su aplicación directa, por lo tanto, no es tan simple como parece, especialmente si se tiene en cuenta el mandato adicional de verificar las circunstancias específicas del caso concreto, que limita las posibilidades de sentar normas generales de aplicación. En el Estado social, esta complicada labor de llenar de contenido y de vida a las normas constitucionales se le confía a los jueces, que dejan su posición de árbitros ciegos y neutrales, receptores pasivos de mandatos de aplicación silogística, para pasar a ser

⁸⁰ López, Clara. *Economía de los derechos*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Biblioteca jurídica Dike. Bogotá, 2005. P.26.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93 “El cumplimiento de su misión como parámetro objetivo del ordenamiento y dinamizador del mismo, no podría realizarse sin la variedad de formas que asumen sus normas: normas clásicas, normas de textura abierta, normas completas, normas de aplicación inmediata, normas programáticas, normas de habilitación de competencias, normas que consagran valores, normas que prohíjan principios, normas que contemplan fines, etc.”

protagonistas activos, que pueden intervenir en la determinación de las obligaciones que se derivan de las leyes y los contratos, a la luz de las normas, los principios y los valores constitucionales.

Una de las características emblemáticas del estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se le confisca o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos.⁸²

Así, el juez debe concretar la aplicación de las leyes, los contratos y la Constitución y en general, cualquier norma del sistema jurídico, en un caso concreto, pero no sólo haciendo referencia a las normas que están en el ordenamiento, sino también a criterios y circunstancias que pueden no haber sido expresamente reconocidos para el caso, pero que influyen al momento de tomar una decisión realmente justa⁸³, o por lo menos acorde con los fines del Estado social. En este sentido, para la Corte es “indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas y,

⁸² Corte Constitucional. Sentencia. T-119/05. M.P. Jaime Córdoba.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia. T-505/92. “La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización”.

por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.”⁸⁴

Por lo tanto, en este modelo, que parte de una idea de insuficiencia de la ley frente a la complejidad social, así como de una teleología jurídica que entiende el sistema judicial como un instrumento para alcanzar los fines del Estado, el juez puede determinar la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, así como la posibilidad de que, en el ejercicio de libertades reconocidas por el sistema jurídico, se vulneren otros derechos de rango constitucional. La interpretación de los mandatos constitucionales no se detiene, entonces, en la promulgación de leyes generales y abstractas para regular la sociedad, sino que permea a todas las actividades de la sociedad civil y del Estado, desde la creación de las normas hasta la forma de ejecutar sus obligaciones. Y es el juez, el principal encargado de asegurar esta primacía constitucional.

En este proceso abierto y fluido de la interpretación Constitucional no puede el Legislador reclamar el monopolio del mismo y, menos aún, atribuir a sus dictados el carácter de interpretación auténtica. La interpretación que realiza el Legislador de los textos constitucionales la hace en el contexto del ejercicio de su función legislativa y sólo puede obedecer a ese propósito. Las definiciones y precisiones que efectúa no trascienden lo que siempre será norma legal y se funden en ésta. La Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquéllas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia. C-479/92. M.P. José Gregorio Hernández.

y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos.⁸⁵

La responsabilidad de salvaguardar los contenidos de la Constitución, y de hacer justiciables los derechos constitucionales se le encarga a los jueces constitucionales, a través de la creación de una jurisdicción especial, o de la creación o fortalecimiento de las Cortes Constitucionales. En Colombia, en virtud del control difuso de constitucionalidad que trae nuestra Carta Política, esta responsabilidad la tienen todos los jueces de la República, independientemente de su especialidad.

Esto implica que los jueces tienen, de hecho un gran poder, aunque no han sido legítimamente elegidos como representantes para ejercerlo. Esto produce, al menos, suspicacias, dentro de un sistema que pretende ser democrático, pues aunque es cierto que el hecho de no ser elegidos popularmente permite que los jueces ejerzan un papel contra mayoritario, en ocasiones pueden llegar a intervenir en tal grado que sus acciones desdibujan su papel de árbitros de las relaciones sociales y los convierten una fuente más de regulación y de creación normativa. No obstante, este punto será analizado más adelante cuando se traten las críticas que se han presentado en el sector financiero contra la jurisprudencia constitucional.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93.

CAPÍTULO II

Análisis de caso: la actividad bancaria en el Estado social

Hasta el momento, he intentado mostrar la forma en la que la Corte Constitucional entiende la relación del Estado social con los modelos de Estado que, en su opinión, le anteceden: el Estado liberal y el Estado de bienestar. En este sentido, traté de analizar la forma en la que el Estado social retoma algunos de los elementos de estos modelos, pero los reinterpreta y les da un contenido y un alcance distinto, de tal forma que se presenta como una alternativa de regulación institucional diferente al Estado liberal y al Estado de bienestar.

Así, el Estado social supone una ampliación en los fines del Estado, un cambio cualitativo en sus objetivos y una transformación en la estructura del sistema de creación y aplicación de normas. En este sentido, se identifica con el Estado de bienestar. No obstante, su cercanía con el Estado liberal es evidente y, en mi opinión, más fuerte, en la medida en que la reinterpretación o el rechazo de sus categorías no tienen otra finalidad que buscar medios alternativos para alcanzar, de manera más adecuada, la realización de sus principios fundamentales. Así, la idea de igualdad material, la acentuación de los fines del Estado y el crecimiento de la intervención del Estado en el ámbito privado que, como se analizó anteriormente, caracterizan, entre otros elementos, al Estado social, se justifican sólo porque se considera que son mecanismos que protegen, de manera más efectiva, la libertad individual, que es, finalmente, el pilar fundacional del Estado liberal.

En el Estado social, por lo tanto, se busca conciliar dos principios que son mutuamente excluyentes; la libertad y la igualdad; esto presenta grandes dificultades en la práctica, pues la garantía del segundo implica necesariamente la limitación del primero, aunque el objetivo es tratar de maximizar, en lo posible, la realización de ambos.

A continuación voy a analizar, brevemente y en términos generales, la forma en la que la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de los alcances de la actividad bancaria en Colombia, para evidenciar las tensiones que presenta, en términos de la libertad y la igualdad, la aplicación de las categorías novedosas del Estado social -que se analizaron en el capítulo anterior-, a un sector como el financiero, construido a partir de los principios del Estado liberal y, por esta razón, acostumbrado a interactuar con base en sus instituciones y principios.

1. La regulación de la actividad bancaria en Colombia

1.1. La actividad bancaria en la legislación

La Constitución le atribuye al legislador amplias competencias para regular la actividad económica y, en particular, la actividad financiera, de tal forma que es posible que establezca ciertas restricciones a las libertades que las acompañan, cuando lo considere conveniente, para asegurar el bien común.⁸⁶ Las políticas públicas que desarrollan estos

⁸⁶ En concordancia con los artículos 334, 335 y 58 de la Constitución de 1991.

temas, y sus términos específicos deben, en concordancia con el texto constitucional, dejarse a la iniciativa del legislador y del ejecutivo.

Por su parte, la legislación financiera y sus desarrollos normativos se caracterizan por ser muy densos y complejos, pues buscan generar una confianza pública en el sector y en el funcionamiento del mercado. Sus operaciones son objeto de una regulación proveniente de distintos órganos del Estado, no sólo del legislador y del Ejecutivo, sino también de entidades como la Superintendencia Bancaria o, en ciertos casos, la Superintendencia de Valores.

En la legislación existen mecanismos que favorecen la protección del cliente y del consumidor de los servicios financieros, exigiendo diligencia en la prestación de los mismos, una asistencia debida a los usuarios en el desarrollo de las relaciones contractuales. Igualmente, se protegen los intereses del cliente al prohibir el establecimiento de cláusulas exorbitantes que “puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”⁸⁷ y al crearse la figura del Defensor del Cliente, que tiene la función de “ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de éstos relativas a la prestación de los servicios”.⁸⁸

No obstante, como se verá más adelante, en opinión de la Corte, esta regulación legal no es suficiente para abarcar las implicaciones jurídicas, de rango constitucional, que trae

⁸⁷ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero art., 98-4-1.

⁸⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 98-4-2.

consigo el desarrollo de la actividad financiera, en una economía de mercado y dentro del marco del Estado social.

1.2. Implicaciones constitucionales de la actividad financiera

Para la Corte Constitucional, si bien las entidades bancarias se rigen, de manera general, por el derecho comercial⁸⁹, su actividad tiene implicaciones constitucionales y, por lo tanto, puede también ser objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional, lo cual lleva a una limitación importante de la aplicación de los principios generales de la legislación comercial.

Sin pretender negar el carácter expansivo que por diversas razones tiene el derecho mercantil, esta Corporación no puede menos que observar que desde la perspectiva constitucional tal fenómeno no puede realizarse a costa de la vulneración de la libertad y la igualdad de que es titular toda persona en virtud, precisamente de esta misma y excelsa condición que el Constituyente reconoció y privilegió en buen número de preceptos de la Carta vigente.⁹⁰

Para la Corte Constitucional, la intención del Estado social de proporcionar beneficios y servicios sociales a los menos favorecidos, en condiciones de eficiencia y universalidad⁹¹, no se diluye por el hecho de que sea una entidad privada la encargada de aportar la infraestructura y realizar las actividades necesarias para que esto sea posible en la práctica. Sin embargo, es evidente que, por este hecho, tampoco se diluye

⁸⁹ Pues el código de comercio define la actividad de las entidades financieras como actos de comercio.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-022/93.

⁹¹ Art. 365 Constitución de 1991.

el derecho que tienen dichas entidades a recibir una contraprestación por estos servicios y, dentro del marco de una economía de mercado de capitales, de recibir utilidades por ellos, más aún si se tiene en cuenta que el ánimo de lucro es un elemento esencial de las actividades comerciales.

En este sentido es importante recordar que en el Estado social lo que se busca no es erradicar las instituciones legales que se desarrollaron en el Estado liberal con el fin de promover la evolución y el dinamismo del comercio dentro de un marco de seguridad jurídica, autonomía e igualdad, sino reinterpretar estas categorías dentro del marco de una sociedad heterogénea e inequitativa, muy distinta al ideal de sociedad libre e igualitaria dentro del cual se desarrollaron los principios de autonomía de la voluntad e igualdad de las partes en el marco contractual. Así, sin que se pretenda negar el valor que tienen las manifestaciones de voluntad de los contratantes, y las consecuencias que éstas conllevan dentro del marco del sistema legal colombiano, el Estado social impone ciertas restricciones a su ejercicio, y condiciona la ejecución de las obligaciones a la consideración de las circunstancias concretas en las que debe llevarse a cabo.

Es evidente, entonces, que el carácter social del Estado entra en tensión con la posibilidad que tienen las personas de ejercer su libertad económica, especialmente si desarrollan actividades que se consideran de gran impacto en la sociedad. Como lo intentaré mostrar más adelante, la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido, hasta el momento, la de resolver esta tensión a favor de lo que considera que es elemento social, es decir, la de limitar la libertad de las entidades bancarias,

favoreciendo los intereses de quienes reciben el servicio. De esta forma, la Corte ha tendido a privilegiar, en sus sentencias, el carácter universal del servicio que prestan las entidades financieras, que califica como servicio público, por sobre el derecho de las instituciones financieras de lucrarse por su trabajo.

En consecuencia, por ejemplo, si bien el hecho de aplicar las cláusulas aceleratorias pactadas en un contrato de mutuo, de utilizar y circular datos de contenido económico o de negar la prestación de un servicio financiero no son, *per se*, actividades ilegítimas y, de hecho, son el resultado del ejercicio de las libertades contempladas en las normas que regulan la actividad financiera, para la Corte hay casos en los que estas acciones pueden llevar a la vulneración de derechos fundamentales, incluso cuando la entidad bancaria no tiene una responsabilidad directa en la creación de las condiciones que ponen al usuario en la situación de indefensión o debilidad manifiesta que afectan estos derechos.

Para la Corte, en el Estado social de derecho y en virtud del compromiso que éste supone frente a la superación de las desigualdades sociales, “los procesos económicos se deben desarrollar dentro de un marco mínimo de justicia material, dentro del cual quienes ostentan una posición privilegiada se erigen como verdaderas autoridades, y en consecuencia están en el deber de garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales.”⁹²

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

Con base en este argumento, la Corte ha limitado significativamente la libertad contractual de las entidades bancarias, así como su facultad para exigir el cumplimiento de sus acreencias, por ejemplo, cuando el usuario es víctima de los delitos de secuestro o desaparición forzada⁹³, es un enfermo de SIDA⁹⁴, o profesa un credo distinto al de la mayoría de la población⁹⁵, es decir, cuando hace parte de un grupo reconocido como desaventajado, en los términos en los que se analizó este concepto en el capítulo anterior. A continuación, se analizará, con más detenimiento, la forma en la que la Corte ha justificado y aplicado estas limitaciones a la libertad de las entidades bancarias en su jurisprudencia.

2. Procedencia de la acción de tutela frente a las entidades bancarias

La Corte Constitucional ha esgrimido tres razones para justificar la procedencia de la acción de tutela frente a entidades bancarias, a saber, el hecho de que las instituciones financieras prestan un servicio público, la subordinación en la que se puede encontrar el individuo respecto a la actividad bancaria y el carácter normativo de las disposiciones constitucionales.

⁹³ Entre otras, las sentencias T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar y T-676/05 M.P. Humberto Sierra.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05.

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05. M.P. Marco Gerardo Monroy.

2.1 Valor normativo de las disposiciones constitucionales

En términos de las implicaciones que tiene dentro del sistema jurídico el entender la Constitución como una norma jurídica, la Corte analiza la posibilidad de ejercer la acción de tutela en contra de entidades particulares, como las que se encargan generalmente de prestar servicios financieros está, además, a la luz del artículo 4 de la Constitución, “según el cual la Constitución es norma de normas, y es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades”⁹⁶. En opinión de la Corte, “el carácter prevaleciente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, permite afirmar que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares.”⁹⁷

Por otra parte, en lo que se refiere a la prestación de un servicio público y la debilidad que puede presentar el usuario del servicio, la posición de la Corte es consecuente con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, referente a la acción de tutela, que condiciona la procedencia de este recurso jurisdiccional contra particulares a que éstos se encarguen de la prestación de un servicio público, realicen actividades que afecten “grave y directamente el interés colectivo”, o a que el solicitante se halle ante ellos en situación de subordinación o indefensión. Estos dos elementos serán objeto de análisis a continuación.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

⁹⁷ *Ibidem*.

2.2. La actividad financiera como un servicio público

La de servicios públicos es una categoría general que agrupa distintas especies, entre las que se encuentran, por ejemplo, los servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios⁹⁸. Aunque, en principio, la obligación de prestar estos servicios se encuentra en cabeza del Estado, la Constitución admite que los particulares o las comunidades organizadas puedan prestarlos directamente, como lo señala la Corte, “si el Estado no se encuentra en condiciones para prestar debidamente un servicio público que es esencial para la población”⁹⁹.

Los artículos 355 y 150-23 afirman que el régimen de los servicios públicos debe ser regulado por la ley, lo cual implica que es el legislador el principal obligado a dictar las normas referentes a su naturaleza, extensión y cobertura, a decidir cuáles son o no de carácter esencial, y a garantizar la regularidad, constancia, calidad y eficiencia en su prestación.

Así mismo, debe señalar cuáles son las entidades encargadas prestar estos servicios y, si son estatales, señalar cómo debe implementarse el control, la inspección y la vigilancia de su prestación por parte de los particulares, de tal forma que se dé conforme a las características enunciadas anteriormente. También es el legislador quien debe establecer el régimen tarifario y las formas concretas de protección de los intereses de los usuarios,

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-064/94. M.P. Hernando Herrera.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-570/92. M.P. Jaime Sanin.

sus deberes, sus derechos, y las formas en las que pueden participar en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras del servicio¹⁰⁰.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional utiliza un criterio funcional para analizar si un servicio comercial puede considerarse público; el punto no es si el servicio es prestado por el Estado, o si se rige por las normas del Derecho público, sino qué tan importante es para el desarrollo de la sociedad y de las personas que la integran.

Para determinar cuándo se está ante un servicio público, en Colombia se ha seguido un criterio funcional en virtud del cual se tiene en cuenta la función social cumplida por una actividad específica. Por ello, toda actividad orientada a satisfacer necesidades generales, de manera continua y obligatoria y regulada por el derecho público, constituye un servicio público.¹⁰¹

Con base en estos argumentos, la Corte califica la actividad financiera como un servicio público, primero, en virtud de su reconocimiento como tal en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia¹⁰² y, segundo, en virtud de la importancia de la labor que desempeñan las entidades bancarias en una economía de mercado. Así, por ser las que

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-263/96. M.P. Antonio Barrera.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05. La Corte menciona que este ha sido el criterio utilizado por la jurisprudencia a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 1970, así como el criterio que se encuentra en la legislación, por ejemplo, en el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo, tanto en su contenido original como en sus reiteradas modificaciones.

¹⁰² “La actividad financiera es un servicio público por excelencia, no sólo en razón de la función social que a través de ella se cumple, del interés público que es inherente a ella y de la regulación que de ella hace la Carta en el marco de los servicios públicos; sino también porque así lo ha reconocido la legislación (...) y lo ha aceptado también la jurisprudencia”. Corte Constitucional. Sentencia T-170/05. Entre otras normas y sentencias, la Corte menciona el Decreto 1593 de 1959, la sentencia del 15 de julio de 1997 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional las sentencias T-443/92, M.P. José Gregorio Hernández y SU-157/99 M.P. Alejandro Martínez.

administran los recursos de los particulares y, las más de las veces, las que proveen el capital para el desarrollo de sus actividades, juegan un papel fundamental, pues del acceso a sus servicios puede llegar a depender la garantía de los derechos fundamentales de los menos favorecidos.

Por esta vía, la Corte argumenta que la actividad bancaria compromete la prestación de servicios de carácter público, en la medida en que éstos se relacionan directamente con la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas de la población en general. El hecho de que su actividad sea considerada un servicio público tiene como consecuencia el rompimiento del equilibrio en sus relaciones contractuales, en los siguientes términos:

Al prestar un servicio público, el banco cuenta con atribuciones frente al usuario que implican un quebrantamiento del plano de igualdad que caracteriza las relaciones entre particulares y, en esa medida, justifican la exigibilidad del respeto de los derechos fundamentales de los usuarios ante los bancos, a la luz del caso concreto.¹⁰³

Así, se entiende que al contratar la prestación de un servicio público, el usuario no se lo supone motivado por la autonomía de la voluntad, o por un capricho que lo lleva a ejercer su libertad contractual, sino por el fin de satisfacer sus necesidades básicas más elementales, requisito *sine qua non* para la realización de una vida en condiciones de dignidad. Esto justifica, entonces, que la acción de tutela sea procedente contra entidades bancarias.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05.

2.3. La situación de debilidad del usuario

Aunque podría pensarse, entonces, que este rompimiento del equilibrio contractual que se da en virtud del carácter público que prestan las entidades financieras se aplica en todos los casos, lo cierto es que la Corte Constitucional ha insistido en que es importante que se demuestre la subordinación efectiva en la que se encuentra el demandante frente a la entidad financiera, así como la vulneración de sus derechos fundamentales, para que la acción de tutela sea procedente, y por lo tanto se abra la puerta a la intervención constitucional directa en la actividad financiera.

Podríamos afirmar, entonces, que el definir la actividad bancaria como un servicio público, en realidad, no es lo que determina la procedencia de la tutela en contra de las entidades bancarias, sino el hecho de encontrarse el usuario, frente al banco, en una situación de debilidad que vulnera sus derechos fundamentales.

Siguiendo esta línea, la Corte, en la sentencia T-587/03¹⁰⁴, por ejemplo, declara improcedente la acción de tutela en un caso de controversia contractual entre una entidad bancaria y una sociedad hotelera, por considerar que ésta última no se encontraba en situación de subordinación o debilidad frente al banco y que, por lo tanto no se veían amenazados sus derechos fundamentales. La Corte sostuvo que la sociedad hotelera debía buscar una solución legal a su problema en la jurisdicción ordinaria pues, en la medida en que el litigio no tenía implicaciones constitucionales, no era posible

¹⁰⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy.

discutir sus términos en la jurisdicción constitucional, reservada exclusivamente para controversias de esa naturaleza.

Esta idea de la competencia de la jurisdicción constitucional para intervenir en litigios de tipo contractual, que se dan entre las entidades bancarias y sus usuarios, tiene una explicación en el carácter público del servicio que prestan, pero depende de la efectiva demostración de una situación de debilidad y de la consecuente amenaza de los derechos fundamentales, ha sido desarrollada recientemente por la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-763/05.

En esta decisión se analizaron los criterios que pueden tener en cuenta las entidades bancarias para negarse a prestar sus servicios a un individuo determinado. En este proceso, por lo tanto, la Corte impone una serie de limitaciones a esta libertad contractual en sentido negativo, por considerar que la falta de este servicio puede llevar a la vulneración de derechos fundamentales. Al analizar las implicaciones de la importancia de la actividad bancaria, la Corte afirma lo siguiente:

Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05.

No obstante, la Corte advierte en esta ocasión que, aunque el hecho de que las entidades bancarias presten servicios públicos implica, de manera general, una subordinación del usuario frente a ellas, -porque su actividad se relaciona directamente con la realización de sus derechos fundamentales-, esto no puede presumirse y, por el contrario, debe demostrarse en caso de que se pretenda una intervención directa del Estado a través de la acción de tutela. En este sentido, afirma la Corte: “Es de precisar que la tutela contra entidades bancarias puede ser improcedente si en el caso concreto no existe subordinación del accionante frente al banco”.¹⁰⁶

3. La intervención del juez en la actividad financiera

La contratación bancaria, como todo negocio contractual, se sustenta en la libertad de contratación y en el principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, debido las diferencias de poder entre las partes que contratan y a la importancia de los intereses en juego, la actividad bancaria recibe una atención preferente por parte de los órganos del Estado. Sin embargo, la generalidad de los términos de regulación del sector implica que, en muchos casos, la normatividad no es suficiente para determinar si, en casos concretos y difíciles, se presta el servicio conforme a los criterios del Estado social.

El control del equilibrio de un contrato, por lo tanto, debe también darse en concreto, por parte del poder judicial, para que puedan corregirse, prevenirse o sancionarse efectivamente las conductas abusivas de la parte fuerte del contrato, de tal forma que los

¹⁰⁶ *Ibidem.*

principios y valores constitucionales informen adecuadamente los términos de los negocios privados.

Sin embargo, la intervención del Estado en la actividad financiera, aunque puede ser estricta y exigente debe, en todo caso, respetar un mínimo de libertad de negociar y de autonomía de la voluntad, para que no modifique su naturaleza comercial, cuya legitimidad también está respaldada al nivel constitucional y, por lo tanto impone límites, tanto a las ramas legislativa y ejecutiva como a la rama judicial, en el momento de controlar la equidad y el equilibrio de la contratación bancaria.

En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que la limitación de las libertades económicas debe ser “razonable y proporcional”, conforme a un marco de regulación económica que, aunque impone límites a la autonomía de la voluntad, no por esto termina anulándola.¹⁰⁷ Siguiendo el criterio de Aragón Reyes “el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública (...).”¹⁰⁸

Ahora bien, el problema es que la libertad contractual y de empresa no siempre son sensibles a la posible vulneración de derechos fundamentales de personas en situaciones específicas de debilidad; en esos casos, la jurisdicción es el medio pertinente hacer efectiva la incidencia de la Constitución y de sus derechos sobre el sistema jurídico por medio de la limitación concreta del ejercicio de la libertad contractual o de facultades

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-265/94. M.P. Alejandro Martínez.

¹⁰⁸ Manuel Aragón Reyes, “Constitución y modelo económico”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, tomo II, pp. 395.

legales que se derivan del contrato, para que no sean la base de acciones abusivas o arbitrarias.¹⁰⁹

La Corte ha afirmado que algunas conductas de las entidades financieras “tienen el contenido material de justicia privada administrada para proteger intereses gremiales, con el obvio riesgo de vulnerar derechos fundamentales tales como el debido proceso, la intimidad, la honra, el honor y la libertad.”¹¹⁰

Por esta razón, la Corte considera posible que las entidades bancarias, en el ejercicio de sus funciones, lleguen a vulnerar derechos fundamentales de sus usuarios como, por ejemplo, el derecho al debido proceso, entre otros, aun cuando no tienen nada que ver con las funciones judiciales y de policía contra las que se alega, generalmente, este derecho fundamental.¹¹¹ La Corte justifica esta posición también en la intención del constituyente primario¹¹², que expresamente quiso extender la garantía contenida en el artículo 29 constitucional “a todo tipo de actuaciones en que estén presentes disciplinas sancionatorias que involucren o afecten intereses esenciales de las personas, tales como su libertad o su patrimonio.”¹¹³

¹⁰⁹ Sobre abusos de entidades bancarias que han comportado vulneración de derechos fundamentales pueden ser consultadas las Sentencias T-602/98 M.P. Carlos Gaviria, T-183/96 M.P. José Gregorio Hernández y C-041/00 M.P. José Gregorio Hernández, entre otras.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-022/93. M.P. Ciro Angarita.

¹¹¹ Estima la Corte que, en “comprensible similitud material de función con el servicio público de administración de justicia”, el peticionario estima violado su derecho al debido proceso, por “la circulación indebida de una información que a la ligera pudiera ser considerada en algunos círculos como antecedentes -en los claros términos del artículo 248 de la Carta- cuando es lo cierto que no se ha producido aún una sentencia y la materia de ella nada tiene que ver con el derecho penal o de policía”.
Ibidem.

¹¹² Informe del Constituyente Hernando Londoño Jiménez. *Gaceta Constitucional N° 84*, Mayo 24 de 1991.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

Así mismo, la Corte analiza la coincidencia de esta posición con la tesis expuesta por el Tribunal Constitucional español¹¹⁴, entre otros tribunales extranjeros, “preocupados por las consecuencias de conducta de las personas de cuya apreciación pueda derivarse un resultado sancionatorio o delimitativo de sus derechos”, así como con los instrumentos internacionales que tratan el tema.¹¹⁵

A continuación se analizarán algunos casos en los que la Corte Constitucional considera que las entidades financieras han vulnerado derechos fundamentales de sus usuarios, aún en ejercicio de derechos y libertades, de rango legal y constitucional, con el fin de evidenciar la forma en la que esta Corporación ha realizado, en la práctica, los principios del Estado social de Derecho en la actividad financiera.

3.1. Aplicación del principio de solidaridad frente a circunstancias de debilidad manifiesta del deudor de un proceso ejecutivo

En la interpretación de la Corte Constitucional, dentro del marco de los procesos ejecutivos, si el deudor se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, el acreedor debe tener en cuenta esta situación antes de utilizar los mecanismos jurisdiccionales a su alcance para exigir el cumplimiento del crédito, pues estas

¹¹⁴ Tribunal Constitucional Español. Sentencia de marzo 8 de 1985.

¹¹⁵ La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “instrumentos todos los cuales se hallan vigentes y tienen fuerza vinculante, en virtud de lo dispuesto por el art. 93 de la Carta de 1991.” Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

circunstancias afectan su capacidad de afrontar, de manera equilibrada, la defensa de sus intereses.¹¹⁶

El simple hecho de que una persona se encuentre en situación de debilidad manifiesta, implica que sus derechos fundamentales pueden ser afectados por la conducta de terceros, ajenos a los hechos que originaron tal situación, incluso cuando su conducta corresponde al ejercicio de un derecho o de una libertad protegida por el ordenamiento jurídico. En este sentido sostiene la Corte,

Sin desconocer el derecho al cumplimiento de la obligación que le asiste a todo acreedor, sí le es exigible la consideración de una situación tan grave como la reportada por la actora, pues no puede desconocerse la consecuente incapacidad de afrontar, de manera equilibrada, la defensa de sus intereses al interior de esa actuación. Ser titular de un crédito no habilita a nadie a mostrarse indolente ante la tragedia ajena, mucho más si ésta no sólo compromete la vida del deudor sino que interfiere su capacidad de asumir la defensa de sus propios negocios.¹¹⁷

Así, las entidades bancarias deben desplegar una conducta acorde con el principio de buena fe, con el deber de solidaridad, y con el deber de prestar especial protección a quienes se hallan en circunstancia de debilidad manifiesta. En opinión de la Corte, la disociación estas circunstancias de debilidad con la capacidad de cumplir con la obligación crediticia, denota una posición formalista frente al Derecho, y no toma en cuenta las implicaciones que tiene, en el ámbito de los derechos fundamentales, el

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05.

¹¹⁷ *Ibidem*.

incumplimiento de los deberes de solidaridad y de buena fe, así como la especial protección a quienes están en condición de desigualdad.¹¹⁸

El caso de los secuestrados, es muy interesante, pues fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional la primera en proteger, de manera directa, a este grupo en circunstancia de debilidad evidente, al principio, a través de la exigencia del pago de los salarios de los secuestrados y, posteriormente, a través de la suspensión de ciertas obligaciones financieras. En lo que tiene que ver con los deudores de las entidades financieras que se encuentran secuestrados, la Corte ha sostenido que, en virtud del deber constitucional de solidaridad, dichas entidades no pueden exigir las cuotas de la deuda durante el secuestro, ni durante la fase de readaptación de la persona demandada, que puede variar en cada caso, dependiendo de las circunstancias específicas y de la efectiva vulneración de los derechos fundamentales del accionante.¹¹⁹ En palabras de la Corte:

En todo caso la exigibilidad de tales deberes por medio de la acción de tutela dependerá de las circunstancias fácticas que caractericen la situación en que se encuentra el secuestrado o desaparecido y su núcleo familiar y de la efectiva demostración de la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, carecería de sentido, desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales, exigir el cumplimiento del deber de pago del salario si no se comprueba una afectación del mínimo vital del núcleo familiar o de las personas que dependían económicamente del plagiado. Igualmente no sería razonable impedir que las entidades bancarias acreedoras satisficieran los créditos de los cuales son titulares cuando el secuestrado o desaparecido cuente con un patrimonio suficiente para

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-676/05.

responder por las obligaciones a su cargo y haya sido designado un curador responsable de sus bienes.¹²⁰

Hoy en día, la Ley 986 de 2005 regula específicamente la materia y, a diferencia de la jurisprudencia constitucional, no condiciona la suspensión de las deudas que tienen los secuestrados con las entidades bancarias a la efectiva vulneración de sus derechos fundamentales, como lo hace la Corte, sino que va mucho más allá, en el sentido de extender la suspensión a todos los casos, indistintamente, durante el tiempo del secuestro y durante la etapa de readaptación de la víctima que, en términos de la ley, es de un año.

No obstante, en la sentencia T-767 de 2005, la Corte determinó que este plazo establecido por la ley puede llegar a ser mayor, si se prueba, dentro del marco de la jurisdicción constitucional, que aún después de este tiempo, el cobro del crédito por parte de la entidad financiera vulnera derechos fundamentales. En mi opinión, esto no significa una decisión en contra de lo establecido en la ley; por el contrario, lo que muestra es que la aplicación de la ley, si se discute dentro del marco de la jurisdicción constitucional, se subordina a la verificación efectiva de que, dentro de las circunstancias reales de las partes, ésta no vulnera sus derechos fundamentales, lo que puede llevar a la aplicación condicionada de la Ley.

¹²⁰ *Ibidem.*

3.2. Límites a la libertad contractual de las entidades financieras

Para la Corte Constitucional¹²¹, la posibilidad que tiene todo sujeto de decidir libremente con quién establece relaciones comerciales, no se aplica de manera absoluta en el caso de las entidades financieras. En este sentido, la Corte ha argumentado, en su jurisprudencia, que la determinación de una entidad financiera no contratar con un sujeto particular no puede derivarse de razones subjetivas o caprichosas, es decir, de su autonomía de la voluntad, pues ésta se limita, en interpretación de la Corte, en virtud de la universalidad y solidaridad que guían la prestación de los servicios públicos, dentro de los cuales se incluye la actividad financiera.

Así, para la Corte, las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgársele el crédito, pues prima la universalidad del ahorro sobre la libertad económica. Por su parte, dentro de los criterios proscritos por la Corte para la negación de un servicio financiero se encuentran, entre otros, la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña el sujeto, su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión. Las entidades tampoco pueden negarse a prestar sus servicios exclusivamente por que la historia crediticia del deudor, según los reportes de las centrales de datos, es negativa. En este sentido la Corte obliga a las entidades a hacer un estudio comprensivo de más factores, adicionales a la capacidad de pago del solicitante del crédito, medida a través de su historia crediticia.

¹²¹ Entre otras muchas sentencias, T-763/05 y SU-157/99.

CAPÍTULO III

Críticas del sector financiero

En el capítulo anterior, intenté mostrar algunas tendencias generales que han caracterizado la intervención de la Corte Constitucional en la actividad bancaria, a través del desarrollo de los principios propios del Estado social como, entre otros, la solidaridad y la igualdad material. En este sentido, en mi opinión, es posible sostener que, para la Corte prima, de manera general, el concepto de equidad material sobre el principio de libertad contractual, lo que implica una ampliación del ámbito público, a través de la extensión de las funciones del Estado y de la aplicación del principio de solidaridad.

No obstante, como se señaló en la introducción, esta forma de interpretar los alcances del Estado social en la actividad bancaria, no ha sido recibida de manera monolítica en Colombia; así, si bien hay amplios sectores de la sociedad que ven en la interpretación de la Corte una forma adecuada de garantizar los derechos fundamentales en el marco de la actividad financiera, hay también quienes han rechazado abiertamente esta intervención, criticando, desde diversos puntos de vista, la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Estas reacciones desfavorables han sido particularmente frecuentes dentro del marco del sector financiero y, dentro de este contexto, se dirigen en cuatro direcciones que se reseñan a continuación:

1. Falta de argumentos técnicos al momento de fallar

El primer grupo de críticos puede caracterizarse, siguiendo a Kalmanovitz, como aquellos que “argumentan que los tecnicismos financieros del sistema (...) no deben ser diseñados por juristas no especializados en la materia.”¹²² Sus argumentos tienden a resaltar la importancia del rigor técnico y conceptual que son necesarios para administrar un Estado, especialmente en un Estado de recursos limitados como el colombiano, y acusan a la Corte de ignorancia en esta materia, resaltando el impacto perjudicial de sus decisiones sobre la estabilidad del sistema financiero y, en general, sobre el desarrollo económico del país.

En este sentido, para estos críticos, la Corte desconoce el carácter programático y los límites que tiene la aplicación directa de los derechos constitucionales en una economía pobre; su posición es paternalista, y trata a los ciudadanos como menores de edad que no pueden salir adelante por sus propios méritos, o que deben cumplir con sus obligaciones de manera responsable.

Según esta perspectiva, los magistrados, al enfrentarse a la solución de problemas que tienen efectos económicos a gran escala, no tienen en cuenta factores macroeconómicos, las más de las veces determinantes en la situación de desbalance que la Corte busca

¹²² Kalmanovitz, Salomón. “El modelo antiliberal colombiano”. En: www.semana.com.

resolver, y que no sólo afecta a los deudores,¹²³ sino también a los acreedores y, en general, a la estabilidad del sistema financiero.¹²⁴

Así, para autores como Kalmanovitz, los fallos de la Corte frenan el desarrollo económico del país, pues afectan negativamente el balance fiscal, contribuyendo a la erogación de fondos fundamentales para el sostenimiento de la economía, sin tener en cuenta la escasez de recursos.¹²⁵

Ahora, es posible que las argumentaciones jurídicas de los magistrados sean impecables, pero ¿hasta qué punto es esto deseable si en la práctica esto desestabiliza el orden social? Para académicos del Derecho como Uprimny, que podríamos llamar *consecuencialistas*, las normas jurídicas no pueden ser lo único que la Corte tiene en cuenta en el momento de fallar dentro de la jurisdicción constitucional, pues sus decisiones afectan no sólo a los accionantes sino también, y en la medida en que interpretan la Constitución como norma de normas, al ordenamiento jurídico en general; los jueces en su opinión, tienen el deber de recurrir a las asesorías técnicas que sean necesarias para poder prever y valorar el impacto de sus sentencias dentro del contexto

¹²³ La Corte, según Kalmanovitz, “ha definido que los deudores de vivienda son especiales, en tanto la Constitución garantiza el derecho a la vivienda digna, y que el resto de ciudadanos que pagamos impuestos debemos resarcirlos de sus pérdidas. El fallo premia fundamentalmente a la clase media, a algunos que incluso se endeudaron por encima de su capacidad de pago y a los que compraron vivienda de lujo.” Kalmanovitz, Salomón: “El modelo antiliberal colombiano.” *Op. cit.*

¹²⁴ “Con una buena regulación, el riesgo país ha podido ser repartido entre deudor, ahorradores, corporación y gobierno, lo cual hubiera amortiguado su efecto sobre las deudas. (...) Pero la Corte defendió en forma radical a los deudores hipotecarios. Declaró inconstitucional una ley que antes había considerado exequible en ocho ocasiones, aún frente a argumentos semejantes a los que finalmente se vieron favorecidos por la sentencia C-700 de 1999. Así, no respetó su propia jurisprudencia y hundió el sistema. Prohibió además la capitalización de intereses para vivienda en otro fallo que mostró su incompreensión sobre el funcionamiento de uno de los más elementales mecanismos de facilitar el financiamiento de largo plazo de cualquier bien, perjudicando en últimas a las personas con ingresos bajos, como está señalado en distintos estudios técnicos que se le presentaron a la Corte y que esta no tuvo en cuenta.” *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

social e institucional colombiano. Sólo así es posible garantizar que, con base en el argumento de que se están defendiendo derechos constitucionales, no se violen normas y principios sobre la división del poder, ni se afecte negativamente el desarrollo económico que, desde esta perspectiva, se presenta como fundamental para la estabilidad social y el bienestar de los ciudadanos. En palabras de Uprimny:

Una sentencia deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre al nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación.¹²⁶

Esto no quiere decir que los jueces puedan dejar a un lado el texto, o que puedan proferir decisiones contrarias a las normas contenidas en él para fallar tan sólo a partir de un cálculo estadístico, ignorando así el vínculo que existe entre la justificación de una sentencia judicial y la norma jurídica que la fundamenta, en un sistema jurídico en el que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”¹²⁷ como el colombiano. No obstante, siguiendo a Uprimny, los Magistrados de la Corte sí deben tener en cuenta que sus decisiones tienen consecuencias importantes sobre la organización y el funcionamiento del Estado, de tal forma que por preservar un derecho o un valor, se lleve a la vulneración de otros que también tienen rango constitucional, ya sea directamente, negándole un valor jurídico, ya sea indirectamente generando

¹²⁶ Uprimny, Rodrigo. “Un ejemplo, seis tesis y una metáfora: notas para estimular el diálogo en Colombia entre economistas y juristas sobre la relación entre la justicia constitucional y la economía.”

En: Seminario *Corte Constitucional y economía*. Op. Cit.

¹²⁷ Artículo 230 Constitución Nacional.

desbalances fiscales que terminan haciendo al país más pobre y por lo tanto, menos capaz de satisfacer las necesidades de los colombianos a largo plazo.

2. Inseguridad jurídica

En tercer lugar, a la Corte se le critica la inseguridad jurídica que ha generado la fluctuante y, en algunos casos, contradictoria jurisprudencia de la Corte Constitucional, que no sólo perjudica al sistema jurídico dentro de la sociedad colombiana, sino que crea condiciones desfavorables para la estabilidad de la inversión extranjera.

Para estos críticos, las decisiones de la Corte han generado una gran inseguridad jurídica. Esto se manifiesta de dos formas. Por una parte, sus sentencias violan el principio de cosa juzgada, en la medida en que revierten decisiones tomadas legalmente por jueces de la República, o alteran el curso normal de procesos legales, con el argumento de que vulneran o violan derechos fundamentales. Así, la Corte desconoce el debate jurídico que se da en las distintas jurisdicciones, y le resta valor a las normas legales que sustentan estos procesos.

En este sentido, por ejemplo, la Corte ha ordenado la reliquidación de contratos de mutuo por la violación, entre otros, de la buena fe, el orden justo, el debido proceso, o en general por un abuso de la posición dominante, que se da incluso cuando el acreedor está ejerciendo sus facultades legales.

3. Extralimitación del poder de la Corte Constitucional

Por otra parte están los argumentos políticos que acusan a la Corte de tomar decisiones políticas y no jurídicas, que se sustentan en una ideología particular defendida por la mayoría de los magistrados. En este sentido se acusa también a la Corte de invadir el ámbito de acción de las otras dos ramas del poder, Ejecutiva y Legislativa. Esta intromisión parece atentar contra el principio de separación de poderes, que lleva implícito una coordinación entre las tres ramas del poder que la Corte parece desestabilizar. La Corte aparece también como un ente antidemocrático que, aun cuando no es elegido por el pueblo, reemplaza tanto al Congreso como al Ejecutivo en sus funciones.¹²⁸

Estos críticos identifican a dicha Corporación como “el órgano de política económica más importante del país.” En este sentido, consideran que la Corte modifica aspectos cruciales de la legislación,

relativa a la seguridad social, tanto en pensiones como en salud, alterando profundamente el régimen jurídico de la educación, aún de la provista por los particulares y modificando el funcionamiento de los mercados monetario y cambiario. Y, además, desplazando al Emisor en el ejercicio de algunas de sus tareas fundamentales.¹²⁹

¹²⁸ Kalmanovitz, Salomón. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Ed. Norma. Bogotá, 2001.

¹²⁹ Botero, Jorge Humberto. “Una crítica al funcionamiento de la Corte Constitucional”. En: Seminario *Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*. Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad de Los Andes, Facultades de Economía y Derecho. Bogotá, Agosto de 2000. p. 9.

Por su parte, el economista Salomón Kalmanovitz, ha criticado también fuertemente a la Corte por considerar que su impacto sobre la economía no es sólo desfavorable, sino que está fuera de lugar. En su opinión, la Corte evidencia un desconocimiento general del sistema económico y de la actividad bancaria, que no es admisible dado que adopta decisiones que afectan a estos sectores; sus juicios, por lo tanto, surgen de posiciones políticas o valoraciones generales que superan los límites de lo jurídico, sin que tengan para ello la legitimidad representativa propia de un Estado democrático. En este sentido, la Corte también afecta la división del poder, en la medida en que reemplaza al poder legislativo en la toma de decisiones sobre la redistribución de recursos, cuando este es un tema esencialmente político que debe discutirse en el foro público, donde se ponderan los intereses de toda la comunidad y no sólo de los intervinientes en el proceso judicial.

En aras de la concesión de derechos de última generación, se dictan sentencias intrusivas en las áreas de agencias estatales especializadas, imponiéndole regulaciones que desequilibran sus presupuestos - resquebrajando también el balance fiscal de la nación - basadas en una extensión ilógica de las normas abiertas de la constitución que deben ser reguladas por el legislativo.¹³⁰

Como puede deducirse de la jurisprudencia constitucional analizada en este trabajo, la Corte justifica su interpretación de los alcances del Estado social, paradójicamente, a partir del argumento democrático que hace referencia a la primacía de la voluntad popular sobre la voluntad del Estado. En este sentido, la aproximación de la Corte sostiene que el hecho de que el pueblo soberano, a través de sus representantes

¹³⁰ Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones... op. cit.*

constitucionales, haya consagrado ciertos derechos de superior jerarquía e inmediato cumplimiento, en la Constitución (norma que reconoce como superior y, en tanto tal, fundamento de validez del resto del sistema), implica que la prioridad del Estado debe ser la satisfacción de dichos derechos, sin importar su costo económico.

Sin embargo, hay quienes opinan, como Salomón Kalmanovitz, que esta posición de la Corte ha generado consecuencias nefastas en términos económicos, lo que a la larga significa una vulneración de los mismos principios que la Corte se ufana de defender por sobre todas las cosas. En este sentido, la Corte “debe reconocer que existe una restricción presupuestal y debe darse una racionalización en la asignación del gasto, de lo cual deriva una mayor justicia en su distribución.”¹³¹ Carlos Amaya parece compartir esta posición al sostener lo siguiente:

Dado el poder que tiene la Corte para exceder sus propias competencias, es necesario que dicho tribunal valore y evalúe igualmente la disyuntiva entre eficiencia y equidad. No como criterio para fallar en derecho, sino como la manera de prever las posibles consecuencias de sus decisiones en el orden económico.¹³²

Desde esta perspectiva, la única forma en la que la Corte puede evitar las consecuencias negativas de un fallo que se ajusta a la literalidad de la norma, justamente a partir del análisis de todas las posibles consecuencias- tanto positivas como negativas- así como su valoración racional dentro del marco de una economía de mercado pobre como la

¹³¹ Kalmanovitz, op. cit.

¹³² Amaya, Carlos. “Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil.” En: Seminario *Corte Constitucional y economía*. Op.Cit. .

colombiana. Para no caer en el error de fallar conforme a la ley y no a la realidad, o, como alguna vez se publicó en la revista *Semana*:

Como si estuviera en una cabina presurizada, sin contacto con la realidad exterior, sea política, económica o social, tratando de oprimir botones según lo que dice el manual, sin mirar por la ventanilla y percatarse de que el avión va en picada.¹³³

¹³³ “¿Aquí quién manda?” En: Revista *Semana*. 30 de octubre-5 de noviembre de 2000.

Conclusiones

En este trabajo quise mostrar la forma en la que la Corte Constitucional ha entendido el contenido y los alcances del Estado social de Derecho en Colombia, para analizar luego las tensiones que genera la aplicación de esta interpretación en un caso concreto, como el de la regulación de la actividad bancaria.

En este sentido, es posible concluir que la Corte Constitucional enmarca históricamente el modelo del Estado social dentro de una línea, aparentemente evolutiva, que empieza con el Estado liberal, pasa por el Estado de bienestar y finalmente culmina con el Estado social, que se presenta entonces como una superación de los dos modelos anteriores.¹³⁴

Ahora, si bien es fácil pensar en el Estado social como la consecuencia necesaria de un desarrollo conceptual y político, como un tercer modelo institucional que es capaz de recoger lo bueno de sus antecesores y superar sus inconvenientes, lo cierto es que, en el caso de nuestro país, es muy difícil sostener que se haya vivido un período pleno de Estado liberal de derecho, que haya sido superado, primero a través de un Estado de bienestar fallido, y luego a partir de un Estado social. Como lo señala Antonio Barreto, “la descripción lineal elaborada por la Corte sobre las organizaciones sociopolíticas en Colombia (...) no coincide con las particularidades de nuestro calendario histórico, sino

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia. T-533/92.

más bien con el itinerario de la evolución de sociedades dominantes como la europea y la estadounidense”¹³⁵.

Esta referencia a un desarrollo conceptual y político de lo social ideal, ajeno a la historia local, se encuentra, por ejemplo, en la sentencia T-422/92, en la que la Corte, al explicar los orígenes del Estado social y la transformación de las instituciones liberales que éste conlleva, sostiene lo siguiente:

(...) Signos de la transformación de la igualdad como generalidad abstracta son la irrupción de partidos de "clase" al poder, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal, el traslado de poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, los cuales terminaron por eliminar los supuestos en los que se asentaba el viejo sistema.

Es evidente que, en nuestro país, la transformación del concepto de igualdad formal al de igualdad material no se dio por la acción coordinada de unos partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, que hubiesen diseñado una estrategia para implementar este cambio tan radical en el sistema de principios y valores del sistema jurídico, como representantes de clases oprimidas pero organizadas, que lograron transformar la sociedad con su intervención en el ámbito público. Por el contrario, los países tercermundistas o, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, ‘periféricos y semiperiféricos’ dentro de los que se incluye a Colombia, se han visto “en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un período de

¹³⁵ Barreto, Antonio. “Amparo constitucional de los derechos sociales”. En: *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Universidad de Los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999, p.91.

más de un siglo”¹³⁶, sin que se haya tenido una preparación institucional capaz de implementar estos derechos en la práctica.

Como acertadamente lo señala Barreto, esta suerte de *cortocircuito histórico* ha generado serios traumatismos institucionales, y tiene como consecuencia que no se han logrado consolidar, de manera definida y clara, los modelos sociopolíticos que la Corte enumera en sus sentencias; por el contrario, éstos aparecen en nuestra historia de manera matizada, fragmentaria y diluida¹³⁷, sin que se tenga incluso una certeza sobre sus contenidos o alcances en nuestro país. En palabras de Barreto,

(...) la Corte se deslinda de la realidad colombiana, primero, apelando a una historia propia de los países centrales – el desarrollo paradigmático desde el Estado de derecho hasta el Estado social de derecho – y no demuestra nuestra historia particular, y segundo, ofreciendo términos genéricos – o incluso lugares comunes – de la cultura sociojurídica occidental predominante, v.gr. conceptos como iniciativa privada, economía social de mercado, redistribución de la riqueza, etc., los cuales, por la carga valorativa que revisten, ameritarían una explicación y un esfuerzo intelectual para determinar el sentido que implican en el particular ámbito colombiano, tarea que desafortunadamente no ha sido llevada a cabo por la Corte.¹³⁸

No obstante, es importante aclarar que si bien Barreto tiene razón en señalar lo traumático que ha sido para Colombia la implementación acelerada y, en cierta forma improvisada, de un modelo de Estado distinto, con sus dinámicas y categorías propias,

¹³⁶ Boaventura de Sousa Santos y otros. “Los Tribunales en las sociedades contemporáneas”. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional. Bogotá, 1995, p.21.

¹³⁷ Barreto, *op. cit.* p. 91.

¹³⁸ *Ibidem.* pp.91-92.

su crítica debe matizarse. Primero que todo, porque es importante aclarar que el hecho de hacer referencia al desarrollo de instituciones jurídicas en el ámbito internacional no es *per se* negativa, sino que, por el contrario, es una práctica común y de mucha utilidad para iluminar conceptos oscuros y advertir sobre posibles dificultades en su aplicación; segundo, porque, aunque es cierto que en Colombia el Estado social no se ha desarrollado según el itinerario de los países centrales, tampoco es posible afirmar que en nuestro país no se hayan dado transformaciones importantes desde la promulgación de la Constitución de 1991, independientemente del desarrollo específico que les ha dado la Corte Constitucional.

En Colombia nunca se llegó a configurar un Estado liberal capaz de garantizar al ciudadano la vida, la libertad, la igualdad, el orden y la propiedad privada, tal y como se concibe de manera ideal este modelo en la doctrina y en la jurisprudencia; el modelo liberal desarrollado en Colombia en la Constitución de 1886 – de manera relativa, si se tiene en cuenta su carácter confesional- tampoco ha sido superado por un Estado social eficiente, comprometido con la justicia social y el reconocimiento de los grupos menos favorecidos. No obstante, sí se están sentando las bases para que, con el tiempo, se realicen los cometidos consagrados en la Constitución, y que se relacionan directamente con el carácter social del Estado.

Así, existen razones de peso para afirmar que en nuestro país se han dado transformaciones importantes en el ámbito político, que tienen repercusiones en la forma de regular la sociedad y las relaciones entre los particulares que no pueden ignorarse y que, por el contrario, invitan a los colombianos a comprometerse con la

realización de una sociedad equitativa y libre. El problema puede ser de tiempo; finalmente, en Colombia las categorías del Estado social hasta ahora se están dando a conocer y se están empezando a depurar, en concordancia con las características particulares de nuestra economía, de nuestro sistema jurídico y, en general, de nuestra sociedad. El Estado social es, hoy en día, una realidad que no puede seguirse ignorando; por el contrario, es una realidad que exige un esfuerzo por entender sus categorías y por contribuir, en lo posible, para que la adaptación de sus principios a las dinámicas de nuestra sociedad no genere traumatismos innecesarios o consecuencias que resulten peores que las que busca remediar.

No en vano, figuras como la de la Corte Constitucional, la jurisdicción constitucional, el concepto de igualdad material, el valor normativo de la Constitución, la ampliación de los fines del Estado y el deber de solidaridad que rige las relaciones privadas, entre otros muchos cambios introducidos por la Constitución de 1991, sólo llevan catorce años en nuestro país. Como lo señala Clara López,

No debe sorprender entonces las diferencias de opinión que suscita la teoría de interpretación que viene desarrollando la Corte Constitucional, ni la sistemática resistencia al cambio frente a las costumbres, experiencias y prácticas desarrolladas durante el siglo largo de vigencia del anterior ordenamiento constitucional.¹³⁹

Si bien catorce años puede parecer un tiempo suficiente para tener mayor claridad sobre los alcances de la cláusula social en nuestro ordenamiento, lo cierto es que, desafortunadamente, el desarrollo y la implementación de las instituciones jurídicas, así

¹³⁹ López, Clara. *op. cit.* p.25.

como su adaptación al contexto que buscan regular, tarda generalmente décadas, cuando no siglos, más aún si en esta labor no se comprometen todos los sectores de la sociedad, sino que se le deja exclusivamente a una Corporación judicial como la Corte Constitucional determinar los alcances de esta transformación.

En este sentido, tal vez el problema no sea que la Corte no haya hecho un esfuerzo intelectual por determinar el sentido que implican las instituciones del Estado social en el contexto colombiano; el problema es que se la ha dejado sola en esta labor, y por lo tanto lo ha hecho a partir de un texto constitucional sumamente generoso, pleno de principios y valores de diversa determinación, y con los argumentos limitados que tiene un jurista que, al dedicarse a derecho constitucional, se ve obligado a fallar respecto a todo tipo de temas, sin conocer a fondo sus dinámicas.

Así, las decisiones se toman, las más de las veces, sin los argumentos técnicos que permiten tomar una decisión realmente justa, en el sentido de estar no sólo guiada por argumentos políticamente correctos o motivados por sentimientos de piedad que sería inhumano no aceptar, sino por un balance equilibrado de todos los factores que tienen una incidencia o que pueden verse afectados por la solución dada al conflicto constitucional.

El Estado social, y su tendencia a favorecer a los más débiles, no tienen una sola forma de realizarse en la práctica. Si bien es cierto que las dinámicas del mercado de capitales y su tendencia a la concentración de recursos en las manos de unos pocos se ha presentado, desde la Revolución Industrial, como un obstáculo para la distribución

equitativa de los recursos sociales, éste argumento debe matizarse al fallar controversias entre instituciones financieras y sus usuarios dentro del marco de la jurisdicción constitucional, pues es importante recordar que la actividad bancaria ha evolucionado desde el siglo XIX y tiene, hoy en día, una función social muy importante, en la medida en que administra los recursos del público. Por lo tanto, es una actividad que requiere de reglas claras que reconozcan adecuadamente sus intereses, sin que esto se presente como un obstáculo para alcanzar los fines del Estado social, sin duda todos deseables.

Sin embargo, no es suficiente sostener que a la Corte le hacen falta argumentos técnicos al momento de fallar, para criticar los alcances que le ha dado al Estado social en Colombia, porque lo cierto es que esta Corporación no es la única que tiene la obligación de realizar el Estado social; esta es una labor de todos los colombianos y, en especial, de aquellos sectores que sienten vulnerados sus derechos con la introducción de este modelo político. Ahora, la forma correcta de defender estos intereses no es la que insisten en adoptar las entidades financieras, consistente en recurrir a argumentos de tipo legal que, si bien prevén situaciones de tipo general, no son suficientes para enfrentar los retos que impone un Estado social.

Así, las entidades financieras y los demás sectores que sienten o ven vulnerados sus intereses legítimos con la introducción de este modelo, deben abandonar los argumentos legalistas con base en los que están acostumbrados a defender sus intereses, para pasar a conocer y explorar las posibilidades argumentativas de la jurisdicción constitucional, pues ésta es, hoy en día, central en la regulación de las relaciones entre las entidades

financieras y sus usuarios. Sólo así será posible que la implementación del Estado social se haga respetando los intereses legítimos de todos los ciudadanos a partir del análisis de todas las variables en juego, no sólo a las que tiene acceso la Corte Constitucional.

Bibliografía

Sentencias de la Corte Constitucional

Sentencia T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-443/92, M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-533/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-570/92. M.P. Jaime Sanin.

Sentencia. C-479/92. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-575/92. M.P. Alejandro Martínez.

Sentencia C-587/92. M.P. Ciro Angarita.

Sentencia T-022/93. M.P. Ciro Angarita

Sentencia T-441/93. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-531/93. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia C-265/94. M.P. Alejandro Martínez

Sentencia. T-005/95. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-183/96 M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia. C-022/96. M.P. Carlos Gaviria.

Sentencia C-263/96. M.P. Antonio Barrera

Sentencia T-602/98 M.P. Carlos Gaviria

Sentencia SU-157/99 M.P. Alejandro Martínez.

Sentencia C-041/00 M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda

Sentencia. T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar

Sentencia T-587/03 M.P. Marco Gerardo Monroy .

Sentencia T-064/04. M.P. Hernando Herrera.

Sentencia. T-170/05. M.P. Jaime Córdoba.

Sentencia. T-119/05. M.P. Jaime Córdoba.

Sentencia. T-676/05 M.P. Humberto Sierra.

Sentencia T-763/05. M.P. Marco Gerardo Monroy .

Libros

Abbagano, Nicola. *Diccionario filosófico*. F.C.E. México, 1964.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, 1992.

Esping-Andersen, Gosta. *Three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press, 1993.

Forsthoff, Ernst y otros. *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Ed. Alianza. Madrid, 1995

Gargarella, Roberto. (Comp). *Derecho y grupos desventajados*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999.

Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Carlos Holguín Holguín. Escritos (1919-1998)*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

Kalmanovitz, Salomón. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Ed. Norma. Bogotá, 2001.

Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona, 1996

León, Pierre. *Historia económica y social del mundo*. Ediciones Encuentro. Madrid, 1978

López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ediciones Uniandes, Editorial Legis. Bogotá. 2000.

López Obregón, Clara. *Economía de los derechos*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Biblioteca jurídica Dike. Bogotá, 2005.

Molina, Gerardo. *Breviario de ideas políticas*. Ediciones Tercer Mundo.

Moliner, María. *Diccionario de uso del español*. Ed. Gredos. Madrid.1989.

Morales, John Jairo. *Derecho económico constitucional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002

Pedersen, Susan. *Family, dependence, and the origins of the Welfare State*. Cambridge University Press. NY, 1993

Pérez-Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998.

Rawls, John. *Teoría de la justicia*. FCE. México, 1997.

Sabine, George. *Historia de la teoría política*. FCE. México, 1998.

Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. F.C.E. México, 1993

Williamson, D.G. *The Third Reich*. Longman Seminar Studies in History. New York, 1996

Artículos académicos

Memorias del seminario *Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*. Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad de Los Andes, Facultades de Economía y Derecho. Bogotá, Agosto de 2000.

Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. En: *Pensamiento Jurídico No. 8*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional. Bogotá, 1997.

Barreto, Antonio. “Amparo constitucional de los derechos sociales”. En: *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Universidad de Los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999

Boaventura de Sousa Santos y otros. “Los Tribunales en las sociedades contemporáneas”. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional. Bogotá, 1995

Berlin, “John Stuart Mill y los fines de la vida” En: *Four essays on liberty*. Oxford University Press. 1984.

Fraser, Nancy. “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En: *Justicia social*. Estudios Ocasionales CIJUS. Universidad de los Andes. Bogotá, Noviembre 1997.

Osuna, Nestor Iván. “Los derechos fundamentales en sede judicial.” En: *Derecho público, filosofía y sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 1996

Salgar, Luis Jaime. “El costo de los derechos sociales”. En: *Precedente Anuario Jurídico*. Universidad ICESI. Cali, 2002

Artículos de prensa

Mejía, Andrés. “John Stuart Mill y los límites al poder” En: *Ámbito Jurídico* No. 135. Bogotá. 18 al 31 de agosto de 2003,

Kalmanovitz, Salomón. “El modelo antiliberal colombiano”. En: www.semana.com

“¿Aquí quién manda?” En: *Revista Semana*. 30 de octubre-5 de noviembre de 2000.

Introducción

El derecho colombiano nació y se desarrolló bajo la influencia de las corrientes legalistas y formalistas de la Europa continental que, por oposición a aquellas de los países anglo-sajones (o de *Common Law*), se caracterizan por utilizar como fuente principal el derecho legislado, y de forma subsidiaria, como criterios auxiliares y potestativos del juez, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.¹

Entre los juristas existe, pues, una opinión más o menos firme en el sentido de que el derecho está principalmente contenido en los textos canónicos emanados del constituyente, del legislador o de sus delegatarios y que, en consecuencia, la jurisprudencia contribuye meramente a sellar vacíos normativos y a diluir las ambigüedades que sólo excepcionalmente dejan las omnicomprendivas codificaciones.²

Esta arraigada tradición, sin embargo, ha sido revaluada en Colombia paulatinamente desde la década de 1930³, pero de manera especial, por la Constitución de 1991 y por la creciente e influyente jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta Corporación, en sentencias de constitucionalidad y tutela, ha interpretado los mandatos constitucionales en el sentido de otorgar un valor obligatorio al texto de la Carta y a su jurisprudencia, haciéndolos vinculantes para la totalidad de la rama judicial. Este fenómeno reciente ha

¹ López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ediciones Uniandes 2000, Editorial Legis. Bogotá. 2000.p.12.

² *Ibidem*.

³ La reforma constitucional del Gobierno de Alfonso López Pumarejo en 1936, impulsada principalmente por el Dr. Darío Echandía, así como la transformación en la enseñanza del Derecho del cometao exegético del artículo por el análisis de las instituciones jurídicas a la luz de los principios fundamentales del Derecho, desarrollada por Antonio Rocha y Rafael Escallón, entre otros, son ejemplos de lo anterior. Al respecto ver: Holguín Holguín, Carlos. “Aspectos jurídicos en la década de 1930”. En: Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Carlos Holguín Holguín. Escritos (1919-1998)*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005. p. 320

tomado por sorpresa a la mayoría de los administradores de justicia y de los actores sociales, en un país ceñido a los mandatos expresos de la legislación.

Así, desde su creación en 1992, la Corte ha pronunciado una enorme cantidad de sentencias, sobre todo tipo de temas, que han tenido un efecto traumático en el sistema jurídico colombiano. Quiero hacer énfasis en esta idea de que la Corte, y obviamente la Constitución de 1991, aun cuando han tenido un efecto traumático en nuestro ordenamiento, sin embargo, no necesariamente tienen por qué generar traumatismos. Aunque parece que estuviera repitiendo las mismas palabras, lo cierto es que un trauma hace referencia a un “choque o impresión (...) que deja una huella duradera”⁴, mientras que el traumatismo habla de una “lesión o mortificación causada (...) por agentes (...) generalmente externos”.⁵

Esta sutil diferencia es fundamental para entender la intención general de este trabajo. En mi opinión, los cambios implican siempre traumas, en la medida en que, al abandonar ciertas tendencias y adoptar otras, se generan dinámicas de choque que dejan una huella profunda en lo que se deja atrás y constituyen las bases para el futuro. No obstante, estos cambios, no tienen por qué generar siempre lesiones o mortificaciones o, al menos, no en todos los casos, pues, aunque inciden de diversas formas sobre los intereses creados bajo el estado de cosas anterior, pueden hacerlo dentro del marco de un proceso de adaptación y apropiación de las categorías novedosas del sistema. Si estos procesos son exitosos, entonces las transformaciones, más que traumatismos,

⁴ En: Moliner, María. *Diccionario de uso del español*. Ed. Gredos. Madrid, 1989. P.1378.

⁵ *Ibidem*.

producen traumas positivos, que redirigen la sociedad hacia un camino más fértil de interacción.

Mi intención aquí es analizar cuáles son esos elementos fundamentales que caracterizan ‘el trauma’ institucional introducido por la Constitución de 1991, que constituyen las bases del llamado Estado social de Derecho, y que deben ser objeto de estudio por parte de los distintos actores sociales si, lo que se quiere, es que su implementación genere la menor cantidad de traumatismos. Es importante señalar que este es el desarrollo de un trabajo inicial, escrito para optar por el título de Abogada, en el que se analizó brevemente la transformación histórica que tuvo el Estado social dentro del marco de las sociedades europea y estadounidense, así como el mapa general del debate sobre la justiciabilidad⁶ de los derechos sociales; primero, con el fin de señalar que este no es un fenómeno exclusivo de la sociedad colombiana, pero también porque, en mi opinión, esa es la línea histórica que utiliza la Corte cuando interpreta el modelo de Estado social en Colombia.

En esta ocasión, quisiera centrar el análisis en el caso colombiano, para aportar algunos elementos que permitan responder a la pregunta de qué significa para nosotros ser un Estado social de Derecho. La jurisprudencia constitucional, en este sentido, es fundamental, pues la Corte es uno de los actores que más en serio se ha tomado la tarea de tratar de responderla; no obstante, sus conclusiones al respecto no han sido recibidas de manera uniforme, y de hecho han causado todo tipo de polémicas que, en vez de generar diálogos constructivos, han terminado, las más de las veces, en la constitución

⁶ Es decir, la posibilidad de exigir ante un juez la aplicación directa de derechos constitucionales que generalmente se habían condicionado a un desarrollo legislativo previo. Entre otros, ver: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

de bandos de opinión opuestos e irreconciliables. Uno de los casos más ilustrativos de este fenómeno es el del sector bancario y, en general, el sector económico en Colombia, que ha recibido con mucha reticencia las interpretaciones de la Corte Constitucional sobre los alcances del Estado social en la economía

En mi opinión, estos choques se deben, en parte, a que el Estado social es un modelo aún por desarrollar en Colombia, novedoso y revolucionario respecto al modelo contenido en la Constitución de 1886, que rigió durante más de un siglo y que, por lo tanto, ha sido difícil de superar. Sus contenidos hasta ahora empiezan a permear un sistema acostumbrado a interactuar a partir de conceptos fuertemente arraigados en el imaginario jurídico anterior, tales como los de autonomía de la voluntad, legalidad, igualdad, supremacía legislativa, entre otros.

Como lo señala la Corte, nuestra Constitución es democrática y pluralista y, por esta razón, sus normas materiales y sustantivas permiten “dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación”.⁷ Esto se debe a que la Constitución tiene pretensiones de ser “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad” y, por lo tanto, abarca materias muy amplias que se expresan en normas de carácter abierto, “que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.”⁸ Pero, ¿de qué forma y bajo qué principios deben las normas de la Constitución vincularse a la realidad? Las normas abiertas de su texto no proporcionan principios de contenido unívoco, invariable y determinado, sino que se construyen a partir de una dinámica constante de interpretación de sus textos en concordancia con las circunstancias que se dan en la

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-531/93. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁸ *Ibidem*.

realidad. Las sentencias, por su parte, a diferencia del derecho legislado, implican una cadena argumentativa generalmente extensa, directamente ligada al caso que se estudia, y que tiene fundamento en distintas interpretaciones de normas abiertas e indeterminadas.

Por esta razón, en el proceso de definir los alcances del Estado social, es fácil correr el riesgo de tomar decisiones fundadas en nociones generales, vagas e inconcluyentes que, más que concretar el sentido de las normas, tienden a ampliar su ambigüedad; esto puede evidenciar, a la larga, una falta de claridad y de conocimiento profundo sobre los temas que se busca regular y lleva, desafortunadamente, a soluciones jurídicas que vulneran, injustificadamente, intereses legítimos de las partes involucradas, incluso cuando éstos tienen también una protección constitucional.

Pero, ¿cómo solucionar entonces el problema de adaptar las categorías traumáticas del Estado social al sistema colombiano, de manera que se generen la menor cantidad de traumatismos posibles? Sin duda alguna, lo primero sería detenerse a analizar cuál es el contenido de esas categorías, cuáles son las circunstancias que buscan enfrentar, para que luego, en un momento posterior, pueda llegarse a discutir los distintos medios que pueden emplearse para hacerlo, de tal forma que los fines del Estado se alcancen de la manera más eficiente posible y se respeten los intereses de la mayor cantidad posible de actores sociales.

Por lo tanto, en este trabajo analizaré, primero, cuál es el desarrollo histórico que la Corte Constitucional identifica como propio del Estado social, haciendo referencia

principalmente al Estado liberal y al Estado de bienestar, para ver cuáles son los puntos en los que, en su interpretación, el modelo social se distancia de los anteriores y se configura como una alternativa diferente de regulación social. A este respecto, intentaré mostrar que, tal y como lo describe la Corte, el Estado social se asemeja más a un modelo de Estado liberal que a un Estado de bienestar.

Luego, estudiaré brevemente la forma en la que la Corte Constitucional ha desarrollado los alcances de estos elementos propios del Estado social en Colombia⁹, para analizar, a la luz de estos elementos, el tema de la actividad bancaria en la jurisprudencia constitucional, como un caso concreto de la aplicación de estos principios novedosos del Estado social que ha generado graves ‘traumatismos’. Es importante anotar que el propósito de este análisis no es el de detallar exhaustivamente la jurisprudencia constitucional sobre este tema, pues tal investigación es extensa y compleja y sobrepasa los objetivos del trabajo; lo que se busca es más bien delinear algunas tendencias interpretativas generales, que han recibido críticas fuertes por parte de los operadores bancarios, críticas que se reseñan también brevemente, con el fin de evidenciar las tensiones que se derivan de la aplicación de este nuevo modelo de Estado en nuestro país. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

⁹ Esto explica por qué la bibliografía se centra en la jurisprudencia constitucional, aunque también se hace referencia a posiciones doctrinales sobre la materia cuando se considera necesario para generar mayor claridad.

CAPÍTULO 1

Antecedentes del Estado social

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es difícil encontrar una descripción del Estado social que no haga referencia a los logros y problemas del Estado liberal. Esto se debe a que el Estado social y, en este sentido, también el Estado de bienestar, surgen como una respuesta institucional a la crisis que atravesó el Estado liberal durante los siglos XIX y XX.¹⁰ Estos modelos de Estado interesados por ‘lo social’, recogen los principios básicos de modelo liberal, pero les dan un contenido distinto, más acorde con las realidades sociales que el Estado liberal no pudo enfrentar adecuadamente.

1. El Estado liberal

La doctrina liberal, que nutre teóricamente la configuración del Estado que lleva su nombre, no es monolítica, y tiene distintos exponentes, tanto en términos de sus fundamentos filosóficos como en términos de sus consecuencias prácticas. Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es el de analizar a fondo los contenidos del Estado liberal, sino establecer cuáles son sus diferencias respecto al Estado social; por esta razón, se presentan una serie de afirmaciones de carácter general que engloban lo que se ha entendido por la doctrina liberal y su modelo de Estado.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-533/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Así, corriendo el riesgo de simplificar un problema muy complejo, el liberalismo puede definirse como:

A). Una doctrina política según la cual conviene aumentar en lo posible la independencia del poder judicial en relación con el poder ejecutivo, y dar a los ciudadanos las mayores garantías posibles contra la arbitrariedad del gobierno. Se opone al *autoritarismo*.

B) Una doctrina político-filosófica según la cual la unanimidad religiosa no es condición necesaria para una organización social, y que reclama para todos los ciudadanos la *libertad de pensamiento*.

C) Una doctrina económica según la cual el Estado no debe ejercer ni funciones industriales, ni funciones comerciales, y no debe intervenir en las relaciones económicas que existen entre los individuos, las clases o las naciones. Se lo denomina a menudo, en este sentido, *liberalismo económico*. Se opone a *Estatismo*, o aún más generalmente, a *Socialismo*.

D) El respeto por la independencia del prójimo, tolerancia; confianza en los felices efectos de la libertad.¹¹

En concordancia con estos principios básicos, la doctrina liberal clásica entiende el papel del Estado como marginal y subsidiario; se limita a proporcionar un marco normativo mínimo, a partir del cual los individuos pueden interactuar y desarrollar sus planes de vida de manera individual. Lo importante, para esta concepción del Estado, es la preservación de las libertades individuales de las personas; su reconocimiento como individuos autónomos que tienen derecho a una esfera privada donde el Estado no puede intervenir. En este modelo, se reconoce una igualdad de tipo formal, en el sentido de que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, se consideran iguales ante la ley.

¹¹ Abbagnano, Nicola. *Diccionario filosófico*. F.C.E. México, 1964.

Las relaciones comerciales, por su parte, son reguladas por la ley civil y por la ley comercial. Éstas consagran, de manera general, principios que se constituyen sobre la base de la igualdad y la libertad de las partes, que limitan la intervención estatal a la garantía de la estabilidad y la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, y buscan promover, al máximo, el desarrollo autónomo de las relaciones económicas.¹²

La llegada de la modernidad supuso un impulso sin precedentes a la idea de que el poder estatal debe estar sometido a límites generales y constitucionales. El nacimiento del capitalismo y el desarrollo exigía una protección de la esfera de libertad individual por fuera de la influencia del Estado. Se hizo evidente que las libertades constitucionales y la vigencia del Estado de Derecho eran indispensables para el desarrollo del mercado de capitales, pues es la forma más efectiva de garantizar la estabilidad, por ejemplo, del derecho de propiedad, fundamento de las transacciones y la producción de mercancías.¹³

Así, el Estado se presenta como límite y garante de las obligaciones contraídas libremente por los individuos, y las leyes como la forma de organizar el comercio a partir de reglas claras y neutrales ante las diferencias que no son reconocidas como pertinentes por las partes.

Por su parte, la libertad individual se consolida, en este modelo, mediante la limitación de la actividad estatal a la regulación y vigilancia formal de las dinámicas sociales; al Estado se le exige que garantice el orden interno y externo, las libertades individuales y

¹² Molina, Gerardo. *Breviario de ideas políticas*. Ediciones Tercer Mundo. Pp 24 y ss.

¹³ Mejía, Andrés. “John Stuart Mill y los límites al poder” En: *Ámbito Jurídico* No. 135. Bogotá. 18 al 31 de agosto de 2003, p. 7B.

la representación en la toma de decisiones políticas, así como que proporcione mecanismos institucionales para la solución imparcial de los conflictos entre particulares.¹⁴

1.1. Los derechos como límites al poder

En concordancia con esta idea de libertad, según la cual el individuo es libre cuando se le permite autodeterminarse, al Estado no se le exige intervenir en los procesos de adjudicación de bienes y recursos del mercado, o proporcionar bienes y servicios para la población, pues se entiende que éstos se consiguen a partir de la interacción autónoma de los agentes del mercado. Por el contrario, los derechos tienen, en principio, un contenido negativo, y obligan al Estado abstenerse de actuar para permitir el desarrollo libre del individuo en la sociedad. Como los sostiene la Corte al describir los alcances de los derechos fundamentales en el Estado liberal:

Los derechos fundamentales nacen (...) como límites al poder del Estado, que es el único poder que la dogmática clásica reconoce. Los derechos fundamentales son entonces barreras al poder público frente a la órbita de inmunidad – libertad - del individuo. Tales derechos constituyen, según estas premisas, un catálogo relativamente homogéneo, cuyos efectos son especialmente órdenes de abstención del Estado.¹⁵

¹⁴ En este sentido, la Corte Constitucional se ha referido al Estado liberal “como un poder instituido con la finalidad de vigilar el normal desarrollo de la sociedad, y de administrar la justicia y la fuerza pública.” Corte Constitucional. Sentencia C-587/92. M.P. Ciro Angarita.

¹⁵ *Ibidem*.

1.2. La igualdad formal

Uno de los objetivos del Estado liberal es el de reconocer la igualdad de todos los seres humanos como seres racionales y autónomos, capaces de autodeterminarse,¹⁶ independientemente de su posición en la sociedad. Por esta razón, hace énfasis en que el poder del Estado debe, primero, originarse en la voluntad individual, pero además debe ejercerse de manera neutral, es decir, tratando a todos los ciudadanos de la misma manera, sin excepción. Por lo tanto, se busca que las leyes, dictadas por órganos de representación popular sean abstractas y generales.

La idea de la ley como norma general, impersonal y abstracta, es la base de todo el sistema jurídico decimonónico. La ley es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos trata por igual. El principio de igualdad queda así subsumido enteramente en el principio de legalidad. (...) Según esta concepción del derecho, la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del derecho, administradores o jueces, no hay más *tertium comparationis* distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece.¹⁷

Esta concepción de la igualdad de tipo formal tiene, entonces, dos consecuencias. Por un lado, obliga a los operadores jurídicos a crear normas generales e impersonales, que desconocen las circunstancias concretas de los individuos a los que deben aplicarse. Por el otro lado, implica una subordinación de la igualdad a la libertad, pues no descarta la posibilidad de que, por las dinámicas del mercado, que tienen fundamento en la

¹⁶ Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. F.C.E. México, 1993, pp. 43-69.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

autonomía de la voluntad, se generen desigualdades de hecho en términos de concentración de recursos. Éstas, a su vez, no son jurídicamente relevantes, si se han conseguido en ejercicio de libertades económicas protegidas y reguladas por la ley, que reconocen la igualdad formal de las partes y respetan su voluntad libre, autónoma y conforme al ordenamiento jurídico.

Esta concepción formal de la igualdad, si bien tiene beneficios evidentes en lo que respecta al desarrollo del comercio, por ejemplo, al dinamizar y facilitar las transacciones, ha dado lugar también a una de las críticas más fuertes en contra del Estado liberal, por cuanto se considera que protege, de manera especial, la propiedad privada y la libertad contractual, medios que, sin duda, favorecen la concentración de capital en manos de quienes cuentan ya con acceso a los recursos del mercado. No obstante, esta crítica será objeto de estudio más adelante.

1.3. La división del poder

En el Estado liberal, la creación de las normas se le encarga exclusivamente al poder legislativo, pues es el que representa la voluntad de los individuos que hacen parte de la sociedad. Por lo tanto el legislador, como representante del pueblo, y la ley, como manifestación de su voluntad, son centrales para el sistema liberal. Los jueces y el ejecutivo juegan un papel secundario, que se reduce a la aplicación mecánica de la voluntad popular legislada y su ejecución, respectivamente.

El papel de los jueces en este sistema es (...) limitadísimo, pasivo por definición. Estos han de aplicar el tenor literal de la ley, estándoles

prohibida toda aplicación directa de la Constitución, así como cualquier interpretación creativa. Más que detentadores de una de las tres ramas del poder, según el esquema de Montesquieu, los jueces devendrán simples “dispensadores de silogismos” (...) ¹⁸

El juez, entonces, cumple el papel de árbitro neutral, que aplica normas claras y concretas, interpretadas a partir de los principios que están consagrados explícitamente dentro del sistema jurídico. El sistema está diseñado de tal forma que busca limitar, si no eliminar, el campo de interpretación del juez, por el temor a posibles arbitrariedades en la administración de justicia. Se considera que el sistema jurídico es un sistema cerrado y completo, y que el juez es un operador neutral y objetivo, que falla tan sólo con las herramientas del sistema.

1.3. Valor programático de la Constitución

La teoría constitucional europea decimonónica, que desarrolló los principios del Estado liberal, veía la Constitución como un documento político, “o, en el mejor de los casos, como una exigencia lógica de unidad del ordenamiento”¹⁹, carente de contenido normativo, salvo en las reglas sobre el funcionamiento y las relaciones entre los órganos del Estado.²⁰

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico aplicable por los jueces no tenía más enlace con la constitución que el hecho de proceder sus

¹⁸ Osuna, Nestor Iván. “Los derechos fundamentales en sede judicial.” En: *Derecho público, filosofía y sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 1996, p.374.

¹⁹ *Ibidem.* p.372.

²⁰ *Ibidem.*

normas de las fuentes de derecho que ella definía, pero sin ningún criterio de relación jerárquica o material entre el contenido del derecho aplicable y las disposiciones constitucionales.²¹

En este sentido, las disposiciones constitucionales se consideraban meramente programáticas, como acuerdos políticos de organización social carentes de contenido normativo, en el sentido de no ser exigibles judicialmente como el resto de las reglas del ordenamiento jurídico. La Constitución se entendía, no como una norma, sino como la fuente de la autoridad estatal para promulgarlas y el límite último de sus contenidos materiales.

1.5. Crisis del Estado liberal

A partir de los principios reseñados anteriormente, el Estado liberal logró transformar radicalmente la forma de concebir las relaciones sociales y la regulación estatal para proteger la libertad individual. En este proceso aportó, además, herramientas conceptuales determinantes para el desarrollo del comercio tal y como lo conocemos hoy en día. No obstante, desde la segunda mitad del siglo XIX, la continuidad e incluso el crecimiento de las desigualdades sociales que el Estado liberal prometió erradicar, demostraron la incapacidad de este modelo para solucionar, precisamente, aquellos problemas que habían dado lugar a su surgimiento.

Un caso muy ilustrativo de esta transformación fue el que se dio en Inglaterra, durante el siglo XIX. Según Sabine, alrededor de 1830 se presentaba en ese país un interesante

²¹ *Ibidem.*

debate político sobre los alcances de la libertad de contratación. Así, dentro del marco de la revolución industrial, se discutía si las leyes reguladoras de las horas y las condiciones de trabajo que reivindicaban los obreros explotados por esta revolución constituían una amenaza para la libertad de contratación y, por lo tanto, eran contrarias a lo que se creía debía ser el principio rector de la política liberal.

Según la interpretación tradicional, se pensaba que proteger a los trabajadores implicaba necesariamente el abandono de un ideal individual por un ideal colectivista.²² El debate se centraba así en el enfrentamiento entre el individuo y el Estado o la nación.²³ Sin embargo, lo que los liberales ingleses que discutían la protección del trabajo en el siglo XIX llamaban colectivismo, estaba lejos de configurar una teoría alternativa sobre la naturaleza de la sociedad; por el contrario, se designaba como colectivistas a quienes defendían al individuo del efecto destructivo de la revolución industrial sobre la sociedad. Lejos de tener sus raíces ideológicas en una concepción de la sociedad diferente a la del individualismo, esta reacción se fundamentaba más bien en una tendencia humanista que sostenía que el liberalismo, como movimiento político, no podía abandonar a su suerte al individuo en las condiciones de inequidad de la sociedad industrial.

En el siglo XIX, por lo tanto, la esfera política inglesa estaba dividida, y el liberalismo, como opción política, necesitaba apoyo popular. Por esta razón, se veía obligado a reinterpretar sus principios de tal forma que dieran una respuesta adecuada a las exigencias de la clase trabajadora que, después de la revolución industrial, representaba

²² Sabine, George. *Historia de la teoría política*. FCE. México, 1998. p.526.

²³ Berlin, "John Stuart Mill y los fines de la vida" En: *Four essays on liberty*. Oxford University Press. 1984. p.174.

un porcentaje importante de la población. Así, los liberales humanistas empezaron a desarrollar políticas tendientes a proteger los salarios, las horas y las condiciones de trabajo, aún en contra del principio de no intervención del Estado en la libertad de contratación individual.

Según la interpretación tradicional del liberalismo, esta intervención era contraria a la libertad individual de contratación, pues en principio se sostenía que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes podían pactar salarios, horarios y condiciones laborales que el Estado no tenía por qué controlar. Por lo tanto, apoyar a la clase obrera, implicaba para el liberalismo el reto de la reinterpretación de sus principios fundamentales. Para lograr este cambio, era preciso reformular la naturaleza y las funciones del Estado, la naturaleza de la libertad y de la coacción legal.²⁴ Este giro interpretativo parecía no sólo necesario para responder a unas condiciones sociales que atentaban contra la dignidad del individuo, sino también para demostrar que el liberalismo no era solamente una ideología de intereses de las clases privilegiadas, sino que era una filosofía social.

Uno de los representantes más importantes de esta tendencia humanista fue John Stuart Mill, quien creía que la intervención del Estado era necesaria para garantizar condiciones de dignidad a los individuos que hacen parte de la sociedad. Así, si bien en principio podría acusársele de iliberal por propiciar la intervención del Estado en el ámbito privado, lo cierto es que la fundamentación de dicha intervención se encuentra en la protección del individuo como un valor superior. De esta forma se realizaba el

²⁴ Sabine, *op.cit.* p.528.

postulado liberal de que la libertad de un individuo tiene como límite la esfera individual del otro, y se protegía su integridad. Así, la teoría de Mill sigue siendo liberal, porque busca proteger el desarrollo autónomo y racional del individuo, frente a la amenaza de la homogeneidad social y de la explotación de los más débiles.

Mill simplemente descartó el dogma del liberalismo anterior de que la mayor cantidad de libertad coincide con la falta de legislación y aceptó el hecho evidente de que hay muchas formas de imposición además de las ejercidas por la ley.²⁵

Estas crisis que enfrentó el liberalismo en Inglaterra resume, de manera general, el debate que han vivido distintas sociedades, en distintos momentos históricos, respecto a la necesidad de transformar los esquemas liberales de regulación y de desarrollar instituciones más acordes con las realidades sociales.

En este sentido, a lo largo de la historia, distintos movimientos sociales han puesto de presente que los modelos de abstención e igualdad formal característicos del Estado liberal tienen el problema de basarse en una concepción homogénea de la población, que no es real, pues existen diferencias de hecho –económicas, intelectuales, de raza o religión, entre otras-, que no se protegen o remedian adecuadamente con la idea de la neutralidad y la limitación del Estado.²⁶

²⁵ *Ibidem.* p. 533.

²⁶ En el siglo XIX, para la transformación del Estado liberal, fueron determinantes los movimientos sindicales y, en general, los movimientos que buscaban la defensa de los intereses de la clase obrera; en el siglo XX, fueron muy importantes los movimientos feministas y aquellos que defendieron los derechos de las minorías raciales y culturales. Respecto al primer punto, ver: León, Pierre. *Historia económica y social del mundo*. Ediciones Encuentro. Madrid, 1978, p. 359 y Pérez-Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998; respecto al segundo punto ver, entre otros, Pedersen, Susan. *Family, dependence, and the origins of the Welfare State*. Cambridge University Press. NY, 1993; Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona, 1996; Taylor, *op. cit.*

Por ejemplo, se ha sostenido que la regulación general y abstracta de dinámicas del mercado de capitales, así como la protección absoluta de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada no permiten, en la práctica, que la mayoría de la población llegue a satisfacer sus necesidades básicas, pues está conformada por grupos que se han visto históricamente en desventaja²⁷, y que, por lo tanto, no tienen los recursos suficientes para interactuar en el mercado.

El replanteamiento teórico que empieza en la segunda mitad del siglo pasado, surge de la evidencia fáctica de la ruptura de los postulados acuñados por la teoría clásica. El Estado, ante agudos conflictos sociales reconoce, incluso al nivel constitucional, que la sociedad no es un ámbito natural de libertad que debe permanecer inmune a la acción pública. La evidente relación de subordinación social que parte de organizaciones como los partidos políticos, los sindicatos o las grandes empresas, presiona la ruptura de la idea de la igualdad social, pues se descubren poderes privados o corporativos que han de ser reconocidos jurídicamente y regulados, con el fin de proteger al ciudadano.²⁸

El Estado se ve entonces obligado, por las presiones de estos grupos marginados, a abandonar su posición neutral y ajena a las fuerzas del mercado, para entrar a proteger a los menos favorecidos y contribuir a la solución de la situación de miseria generalizada,

²⁷ Estos grupos incluyen entre otros, grupos en desventaja económica por las dinámicas de explotación de los trabajadores y la acumulación inequitativa del capital; grupos en desventaja racial o cultural, por la esclavitud y otras formas de opresión y discriminación en virtud de la pertenencia a un grupo racial o cultural distinto al de la mayoría de la población, o en virtud de la defensa de ideas políticas disidentes; grupos en desventaja por género: por las dinámicas de las sociedades patriarcales que no reconocen a las mujeres como agentes económicos. Al respecto ver: Kymlicka, Will. *op. cit.*, y Fraser, Nancy. “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En: *Justicia social*. Estudios Ocasionales CIJUS. Universidad de los Andes. Bogotá, Noviembre 1997.

²⁸ Corte Constitucional Sentencia C-587/92. Es importante aclarar que la expresión “la segunda mitad del siglo pasado” hace referencia, en esta cita, a la segunda mitad del siglo XIX.

que tiene sus orígenes, en parte, en las dinámicas de la Revolución Industrial.²⁹ Esta intervención se dio inicialmente a partir de la aplicación de políticas asistenciales sectoriales, que buscaban mejorar principalmente las condiciones de los trabajadores.³⁰ No obstante, la complejidad de las sociedades modernas llevó a postergar la erradicación de estas medidas temporales, que crecieron y se ampliaron hasta convertirse en “mecanismos propios de un modelo de Estado cuya función primordial consiste en promover la efectividad real de los derechos de los seres humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos”.³¹ Como lo ha señalado la Corte Constitucional,

Con la fractura de la convicción igualitaria (los hombres son iguales en la medida en que lo son ante la ley) se quiebra una de las categorías que soportan todo el orden constitucional clásico, y con ello, entra en crisis la idea del Estado gendarme y aparece el Estado interventor, que se desarrolla al nivel constitucional en lo que va corrido del presente siglo.³²

En este contexto, esta intervención del Estado o su carácter social, hace referencia a un proceso de partición, distribución y adjudicación de los recursos del mercado e implica una transformación de la función del Estado, que deja de vigilar marginalmente la

²⁹ León, Pierre. *op. cit.*, p.359.

³⁰ “Se trataba así de una política sectorial, no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no precedía, sino que seguía a los acontecimientos.” García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Ed. Alianza. Madrid, 1995, p.18. Un ejemplo significativo de lo anterior se presentó en Alemania, entre 1883 y 1889, cuando Otto von Bismark introdujo un sistema de seguridad social para los trabajadores, con el fin de brindarles protección en caso de accidente, enfermedad o vejez. Obviamente, el objetivo de Bismark no era instaurar un modelo de Estado de contenido social, sino más bien contener la oposición al régimen marcadamente autoritario y monárquico que lideraba; irónicamente, sus políticas asistenciales se consideran uno de los orígenes del Estado social. Al respecto ver, Morales, John Jairo. *Derecho económico constitucional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002, p.25.

³¹ Salgar, Luis Jaime. “El costo de los derechos sociales”. En: *Precedente Anuario Jurídico*. Universidad ICESI. Cali, 2002, p.98.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-587/92.

actividad privada para participar activamente en el proceso de asignación de los escasos recursos disponibles³³.

Así, se transforma la idea de que la libertad se consigue a través de la limitación de las actuaciones del Estado y de los terceros respecto a la esfera privada del individuo, y se empieza a pensar que sólo se logra cuando se ha garantizado, previamente, que las personas puedan acceder a los recursos del mercado en igualdad de condiciones, no solamente en el sentido de ser igualmente libres de la intervención estatal indebida, sino también en el sentido de gozar de una igualdad de recursos básicos³⁴ que les permitan participar efectivamente en el mercado y, en general, en las dinámicas sociales.

Esta transformación refleja un cambio fundamental en los conceptos de libertad e igualdad, así como en la relación que tradicionalmente se establecía entre ambos; mientras que en el Estado liberal la igualdad se garantiza en la medida en que los seres humanos son libres, bajo esta nueva concepción, la libertad sólo se consigue una vez se ha garantizado la igualdad material, es decir, la igualdad de recursos para ejercer su libertad.

No obstante, esta intervención estatal para la promoción de la justicia social ha tenido distintas manifestaciones prácticas que es importante señalar.

³³ Forsthoft, Ernst. *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

³⁴ En términos de Rawls, un mínimo de 'bienes primarios'. Al respecto ver: Rawls, John. *Teoría de la justicia*. FCE. México, 1997.

2. El Estado de bienestar

El Estado de bienestar se presenta principalmente en los países escandinavos³⁵ y lleva el principio de universalidad de los beneficios sociales hasta sus últimas consecuencias, de tal forma que el Estado está obligado a proporcionar directamente o a garantizar la prestación de todo tipo de servicios a toda la sociedad.³⁶

Esta fórmula se traduce en una mezcla de programas universalistas en los que los trabajadores de menor ingreso gozan de los mismos beneficios de los asalariados más exitosos, y todos los estratos están incorporados al sistema de protección social.³⁷ Si bien se conservan algunas diferencias derivadas del mérito, en general todas las personas tienen las mismas oportunidades y el acceso al mismo tipo de recursos, lo que tiende a disminuir significativamente el impacto de estas diferencias sobre la calidad de vida de las personas.³⁸

³⁵ Al respecto ver: Esping-Andersen, Gosta. *Three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press, 1993. El modelo de Estado que en este trabajo se denomina Estado de bienestar, es lo que Esping-Andersen llama en su libro el Estado de bienestar de corte social-demócrata, que es el más radical de los distintos modelos de bienestar europeos que analiza en su libro. Entre estos otros modelos se encuentran, por ejemplo, el Estado de bienestar conservador y Estado de bienestar liberal y países como Francia y Alemania. No obstante, las diferencias entre estos modelos fueron objeto de análisis en la tesis para optar por el título de abogada, razón por la cual o serán analizados en este trabajo.

³⁶ En Estados Unidos, el Estado de bienestar o *Welfare State* nunca se consolidó como un modelo institucional sólido de intervención estatal en el sistema tradicional de mercado, sino que fue el nombre dado al desarrollo de una serie de políticas sectoriales de Franklin D. Roosevelt, destinadas a impulsar la economía devastada por dos guerras mundiales, dentro del marco de los que se llamó su “New Deal”. La Corte Suprema de Justicia estadounidense, por su parte, rechazó reiteradamente el contenido de esta propuesta, sobre todo en términos de beneficios laborales para los trabajadores, por considerarla contraria a la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y de mercado. No obstante, la Corte tuvo que ceder a las presiones políticas y sociales, y aceptar la intervención del gobierno, aunque esto nunca determinó un cambio significativo en términos de la función del Estado como tal, ni llevó a una reforma Constitucional. De hecho, al poco tiempo, el déficit fiscal y la erogación exagerada de gastos llevó a los estadounidenses a volver al modelo de intervención marginal del Estado en el mercado. López, Diego. “El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales bajo la constitución colombiana de 1991”. Mimeo.

³⁷ Esping-Andersen, *op. cit.*

³⁸ *Ibidem.*

Es evidente que este modelo requiere una gran cantidad de recursos, que rara vez se encuentran en sistemas económicos en desarrollo como el colombiano. En este sentido, el carácter universal de las prestaciones sociales que caracterizan al Estado de bienestar tiene tres problemas que la Corte Constitucional ha sintetizado así:

- a) Crecimiento exagerado del aparato administrativo del Estado, lo que genera grandes costos e ineficiencias.
- b) Incremento indebido del gasto público que lleva a grandes crisis fiscales.
- c) Otorgamiento de un poder exagerado a aquellos particulares contratados por el Estado para prestar los diversos servicios sociales.³⁹

Sin embargo, independientemente de estos problemas, la jurisprudencia y la doctrina⁴⁰ le han reconocido al Estado de bienestar el haber intentado dar una solución a los grandes problemas de desigualdad en la distribución de los recursos, a través de la institucionalización de la obligación de satisfacer las necesidades básicas de los menos favorecidos como un derecho constitucional y no simplemente como un acto de caridad.

En este sentido, mientras que el Estado liberal “impide la intervención del Estado para favorecer a ciertas personas o grupos, y tiene como idea central el abstencionismo”, tanto el Estado de bienestar como el Estado social son modelos “de prestaciones y redistribución con fines de asistencia obligatoria”⁴¹.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-533/92.

⁴⁰ Entre otros, ver: Pérez-Luño, *op. cit* y Corte Constitucional, *ibidem*.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-441/93. M.P. José Gregorio Hernández.

3. El Estado social

Hasta el momento, he intentado mostrar los elementos fundamentales que caracterizan, en opinión de la Corte, a los modelos de Estado que antecedieron al Estado social. En este sentido, el Estado liberal se presenta como un modelo básicamente de abstención, que reconoce la igualdad formal de los ciudadanos, respeta su voluntad y busca promover, ante todo el desarrollo de su libertad individual. El Estado de bienestar, por su parte, aparece como un modelo comprometido con la superación de las inequidades sociales, a través de la inversión de grandes recursos, con el fin de garantizar la prestación universal de los servicios que garantizan la satisfacción de las necesidades básicas.

A continuación, voy a analizar cómo, en opinión de la Corte, el Estado social retoma, reinterpreta o, en ciertos casos, rechaza estos elementos fundamentales del Estado liberal y el Estado de bienestar, con el fin de determinar cuáles son, según la jurisprudencia, las características que definen al Estado social de Derecho en Colombia.

3.1. El carácter subsidiario de intervención estatal

Para la Corte Constitucional, el Estado social de derecho “hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias

económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección”.⁴²

Así, el Estado social se erige como un modelo institucional orientado a garantizar estándares sociales que se consideran mínimos (como un salario, alimentación, salud, vivienda, educación, etc). No obstante, se ha sostenido que la intervención del Estado se ve limitada, en el caso del Estado social, por el principio de urgencia. Según Rodolfo Arango⁴³, este principio implica el carácter subsidiario de la obligación estatal, en el sentido de que condiciona su procedencia a la ausencia de otros medios de subsistencia, y a la gravedad de las consecuencias que la falta de asistencia puede traer. Para Arango, la urgencia de la situación en la que se encuentra una persona en circunstancias de debilidad manifiesta, la indignidad de su estado y la vulneración efectiva de sus derechos fundamentales, activan el deber subsidiario del Estado de velar por su bienestar.⁴⁴

Este es, tal vez, el punto que permite diferenciar más claramente el Estado de bienestar del Estado social pues, aunque ambos buscan remediar las inequidades sociales, el primero, como se señaló anteriormente, lo hace garantizando beneficios y servicios para toda la población, independientemente de las circunstancias concretas en que se encuentre cada persona, mientras que el segundo se concentra en la nivelación de los

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁴³ Ver, entre otros artículos, por ejemplo: Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. En: *Pensamiento Jurídico No. 8*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional. Bogotá, 1997.

⁴⁴ Para ilustrar esta idea, el Dr. Arango asimila la obligación del Estado al deber que tendría cualquier persona de salvar a un niño que se está ahogando a su lado, si está en condiciones de hacerlo. En principio, es claro que la responsabilidad directa por la situación urgencia del niño recae en sus padres, quienes son los responsables por su bienestar. No obstante, la urgencia de la situación y la posibilidad real de que el niño muera, activan una responsabilidad subsidiaria en la persona que se encuentra a su lado.

grupos desfavorecidos y de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.

Este es también el punto que hace que el Estado social sea, en mi opinión, más cercano al Estado liberal que al Estado de bienestar, pues este carácter subsidiario de la intervención estatal intenta conservar, al máximo, la idea de un individuo racional autónomo, capaz de sostenerse con sus propios medios, y que sólo requiere de la solidaridad social en casos excepcionales. Esta idea tiene, sin duda, un fundamento profundamente liberal, pues aún cuando se acepta la intervención del Estado, se busca que ésta sea lo más limitada posible.

Aunque el Estado social se diferencia del Estado de bienestar en términos del alcance y la distribución de los beneficios sociales, como lo señala la Corte, el Estado social recoge del Estado de bienestar la idea de exigir normativamente la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, apelando a dos principios importantes: la dignidad humana y la solidaridad, principios que tienden a atenuar el carácter individualista del Estado liberal, sin que por eso se pierda al individuo como eje central del sistema.

3.2. La dignidad y la solidaridad en el Estado social

Para la Corte Constitucional, el principio de la dignidad humana, que se constituye como fundamento del orden constitucional en Colombia, hace referencia al ideal de que las personas tengan acceso a un mínimo de recursos que les permitan vivir en

condiciones dignas, es decir, que les permitan satisfacer sus necesidades elementales de vivienda, alimentación, salud, etc. En términos de la Corte,

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.N. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como ‘vida plena’. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.⁴⁵

En otra sentencia, la Corte explica los alcances del principio de dignidad humana así:

La Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad. (...) Se trata pues de defender la vida, pero también una cierta calidad de vida. En el término ‘dignidad’, predicado de lo ‘humano’, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista: es necesario aún que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.⁴⁶

Por su parte, el principio de solidaridad, se presenta como la fórmula normativa⁴⁷ para vincular al Estado y a los particulares en la efectiva garantía de estos mínimos que permiten vivir con dignidad. En este sentido, afirma la Corte,

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-575/92. M.P. Alejandro Martínez.

⁴⁷ Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, “en el constitucionalismo colombiano, la solidaridad es uno de los fundamentos del Estado social de derecho, y como tal está consagrado en el artículo 1 de la Carta. Pero, al mismo tiempo, la solidaridad es un deber de las personas consagrado en el artículo 95.2 superior, deber que impone el despliegue de acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.” Corte Constitucional. Sentencia. T-170/05. M.P. Jaime Córdoba.

El principio de solidaridad atenúa el rigor abstracto del principio de igualdad liberal, según el cual las personas son iguales ante la ley y sólo ante la ley. Mientras en el Estado liberal clásico se apelaba a los sentimientos de fraternidad de las personas más pudientes económicamente, en el Estado social de derecho, la desigualdad material se enfrenta acudiendo al principio normativo de la solidaridad, el cual sirve para definir la dimensión de las cargas públicas que cada persona debe soportar y, en términos generales, para aplicar el principio de la igualdad.⁴⁸

Así, vemos cómo tanto el principio de dignidad humana como el de solidaridad juegan un papel fundamental en el Estado social, pues dejan de tener un contenido moral o ético para tener un carácter jurídico vinculante, que conlleva consecuencias directas en la regulación de la sociedad. Estos dos principios hacen énfasis en la centralidad de la persona humana, pero invierten la ecuación liberal según la cual la igualdad está subordinada a la libertad, y complementan el contenido material de la igualdad en el Estado social, al limitar los alcances de actividades legítimas y al exigir, a ciertas personas y en algunos casos, cargas adicionales, que afectan su ámbito de libertad. Para la Corte,

Si estas mínimas exigencias de humanidad y consideración no estuvieran fundadas en derechos y principios como los de dignidad del ser humano, solidaridad, lealtad y buena fe y no fueran jurídicamente exigibles en supuestos de afectación de derechos fundamentales, habría que concluir

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia. T-005/95. M.P. Eduardo Cifuentes.

que la democracia constitucional colombiana ha sido suplantada por un rígido formalismo jurídico.⁴⁹

Vemos entonces cómo los principios de solidaridad y dignidad humana son definitivos al momento de definir el alcance del Estado social de Derecho en Colombia, e implican una transformación en la concepción tradicional formalista del Derecho. No obstante, la simple enunciación de estos principios no es suficiente para entender la estructura conceptual y normativa que sustenta al Estado social y su forma alternativa de interpretar el Derecho. A continuación se analizarán algunos de los puntos que complementan estos principios y nos dan un mapa más completo del Estado social como, por ejemplo, la acentuación de los elementos finalistas del Estado, la reinterpretación del concepto de igualdad, el valor normativo de la Constitución, y la transformación del papel del juez en el sistema jurídico.

3.3. Acentuación de los elementos finalistas del Estado

Para la Corte Constitucional, los fines consagrados en el preámbulo, así como la definición misma del Estado como un Estado social en la Constitución, no tienen un carácter retórico, sino que conllevan consecuencias directas para los operadores jurídicos y en general para los actores sociales.

Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia. T-170/05.

político, económico y social justo (Preámbulo, CP art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna.⁵⁰

El Estado social reconoce que el conformarse con la limitación del poder y el establecimiento de una igualdad formal desconoce una realidad de contradicciones e injusticias sociales que coartan, a la larga, la libertad de todos. Por esta razón, le da una gran importancia a los “elementos finalistas que guían la actividad estatal, administrativa y política.”⁵¹ En palabras de la Corte:

La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales (...)El Estado, en desarrollo de sus fines esenciales, está en el deber constitucional de proteger efectivamente los derechos de la persona, correspondiendo a la autoridad pública encontrar las alternativas jurídicas para garantizar su ejercicio y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares (CP art. 2).⁵²

Aunque estos fines comunes, en principio, son contrarios a la idea de una libertad individual entendida como la posibilidad de reservar un espacio autónomo respecto a la intervención del Estado y de terceros, dentro del marco del Estado social, estos fines,

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia. T-426/92.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia. T-505/92.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia. T-533/92.

más que limitar los intereses individuales, lo que hacen es generar las condiciones adecuadas para que cada persona pueda desarrollarse libremente.

Como lo explica muy claramente la doctrina alemana, “el concepto de libertad (...) no puede ser entendido en tanto que limitado por los intereses comunitarios, sino que es precisamente el respeto a esos intereses comunitarios, el que permite establecer la libertad individual, fin primario y esencial de la Constitución, y que por eso mismo es parte esencial de dicha libertad”.⁵³

3.4. La igualdad material y las circunstancias de debilidad manifiesta

Para la Corte Constitucional, el compromiso del Estado social con la dignidad humana, la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos, conlleva el abandono de la concepción tradicional de igualdad formal y de la neutralidad del Estado. En sus palabras:

La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan sólo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estos deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución.⁵⁴

El rompimiento de la categoría tradicional de igualdad formal, lleva a la adopción de un modelo de igualdad material, que parte del reconocimiento de la heterogeneidad social

⁵³ “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”. En: Abendroth, Fortshoff y Dohering, *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda.

y, según el cual, es necesario tener en cuenta ciertos criterios diferenciadores en el momento de hacer un juicio de igualdad,⁵⁵ de tal forma que se trate igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales.⁵⁶ Como lo sostiene la Corte, “ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo,”⁵⁷

Pero este reconocimiento de la existencia de una obligación de prestación activa para el Estado a favor del individuo, no sólo se da a un nivel general; la Corte resalta la importancia de su intervención especialmente a favor de los grupos en circunstancias de debilidad manifiesta. En este sentido, la Corte parte del reconocimiento de la existencia de los que han sido llamados por la doctrina grupos desaventajados, es decir, grupos minoritarios de personas, unidos entre sí por una característica común que los pone en desventaja frente al grupo mayoritario de la población, ya sea por prejuicios sociales o tradiciones culturales que llevan a su discriminación, por su estado de indefensión o, por impedimentos físicos que les dificultan llevar una vida autónoma y productiva según los estándares de comportamiento de la sociedad.⁵⁸ Son grupos sobre los cuales se ciernen

⁵⁵ Respecto al proceso de evaluación de la igualdad como un juicio subjetivo ha sostenido la Corte: “La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los ‘términos de comparación’. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuándo una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.” Corte Constitucional. Sentencia. T-422/92.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-022/96. M.P. Carlos Gaviria.

⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia T-595 de 2002.

⁵⁸ Garagarella, Roberto. “Introducción”. En: Garagarella, Roberto. (Comp). *Derecho y grupos desaventajados*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999. p.17 Así mismo, la Constitución de 1991 reconoce explícitamente como grupos que merecen especial protección del Estado a los niños (art.44), los ancianos (art.46) , las madres cabeza de familia (art.43) y los discapacitados (art.13) entre otros.

amenazas persistentes, pero que no tienen suficiente poder político para impulsar reformas institucionales y legislativas a su favor, sin que las mayorías obstaculicen este objetivo. Así, la Corte adopta el mandato constitucional que ordena al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.⁵⁹

Este reconocimiento, aunque en un principio parece contrario a la idea liberal del Estado, hace referencia a uno de sus postulados más esenciales, como es la protección del individuo y de su capacidad autónoma de elegir un plan de vida acorde a sus creencias. En este sentido, lo que busca el Estado al proteger a los grupos minoritarios no es beneficiar colectividades, sino más bien proteger a los individuos que las conforman. Así, se acepta la “necesidad de otorgar protecciones especiales a ciertos grupos, como modo de resguardar mejor los intereses de los individuos que integran tales grupos.”⁶⁰

En este sentido, el artículo 13 de la Constitución tiene una estructura interesante. Primero, afirma que todos los ciudadanos *nacen* libres e iguales ante la ley y, así, le reconoce a todos los seres humanos su carácter igualitario en tanto personas morales. No obstante, los dos incisos siguientes matizan esta afirmación, reconociendo la existencia de diferencias sociales, personales y económicas que generan desigualdades

⁵⁹ Art. 13 Constitución de 1991.

⁶⁰ Gargarella, *op. cit.* p. 19.

de hecho, y haciendo un llamado para la protección de aquellos que, por estas diferencias, se encuentran en situación de desventaja.⁶¹

Al analizar el alcance de estos últimos incisos, Manuel José Cepeda ha sostenido lo siguiente:

Se trata de la posibilidad de adoptar medidas dirigidas específicamente a favorecer a ciertos grupos de la sociedad que tradicionalmente han sido discriminados o marginados, por ejemplo, a causa de su raza, su sexo, sus creencias o condición social, de tal forma que este tratamiento especial tiende a remediar la situación desventajosa en que se encuentran, promueve el surgimiento de nuevos valores que impidan que en el futuro se les continúe discriminando y garantice su acceso a determinados foros de decisión, lugares de capacitación o en general, a aquellos beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.⁶²

En el Estado social, por lo tanto, el Estado es obligado a abandonar su carácter neutral y a intervenir activamente para favorecer a estos grupos en desventaja, pues sólo así pueden éstos estar en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad y ser realmente libres. En palabras de la Corte,

⁶¹ “Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁶² Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, 1992.

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.⁶³

Pero la transformación del Estado social no sólo significa un cambio en términos de los fines y los objetivos del Estado, sino también en la estructura misma del ordenamiento jurídico, pues de otra forma sus contenidos no podrían realizarse adecuadamente. A continuación analizaré algunos de esos cambios estructurales que conlleva el Estado social.

3.5. Valor normativo de la Constitución

Al analizar el cambio que implica el Estado social en términos del valor normativo de la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia, generalmente al proceso histórico que vivió Europa durante la primera mitad del siglo XX. En este sentido, se afirma que la manipulación de las mayorías políticas⁶⁴ que llevó a las dictaduras de Hitler y Mussolini, entre otros, mostraron los límites que la división del poder y de la

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia. T-422/92.

⁶⁴ A este respecto es especialmente significativo, de nuevo, el caso de Alemania. El hecho de que Hitler fuese elegido democráticamente en las elecciones populares de enero de 1933, y que basara sus facultades extraordinarias –que luego degeneraron en un poder dictatorial- en el artículo 48 de la Constitución democrática y social de Weimar, pusieron en evidencia las fallas de la idea de prioridad del poder legislativo y del principio de las mayorías, que contribuyeron, en este caso, a la configuración de uno de los regímenes más sangrientos de la historia. Al respecto ver, entre otros, Williamson, D.G. *The Third Reich*. Longman Seminar Studies in History. New York, 1996, p. 10.

primacía del legislativo respecto a la efectiva protección de los derechos constitucionales.

La percepción de que el legislador podía dejar de ser el garante óptimo de los derechos de los ciudadanos para convertirse en la mayor amenaza de la libertad y hacer de la ley una fuente sistemática de injusticia (...) determinaron el abandono del positivismo jurídico y de los principios legicentristas que habían informado el pensamiento jurídico. El constitucionalismo europeo de la segunda posguerra se centrará así en la búsqueda de fórmulas que impidan la violación de los derechos fundamentales y que bloqueen cualquier posibilidad de perversión autoritaria de los poderes constituidos.⁶⁵

Una de estas fórmulas es la de otorgarle un valor normativo directo a la Constitución, que deja de ser un documento político declarativo para convertirse en una norma jurídica de aplicación directa por parte de los jueces en la resolución de conflictos entre particulares, y entre particulares y el Estado.

Esta fórmula tiene en nuestro país, dos manifestaciones claras, una en la Constitución y otra en la jurisprudencia Constitucional. La primera tiene que ver con las transformaciones explícitas que tuvo la jurisdicción constitucional en la Constitución de 1991 respecto a la Constitución de 1886, la segunda, con el alcance que le ha dado la Corte a este cambio. A continuación reseñaré y analizaré brevemente algunos de los elementos que caracterizan esta transformación.

⁶⁵ Osuna, *op. cit.*, Pp.377-378.

3.5.1. La jurisdicción constitucional en las Constituciones de 1886 y 1991

Bajo la Constitución de 1886 existía un control constitucional concentrado, que permitía el análisis de la concordancia entre las leyes y decretos legislativos y los contenidos de la Carta Política. Este control de constitucionalidad era ejercido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, previo análisis y elaboración de ponencia por parte de la Sala Constitucional de dicha Corporación.⁶⁶ Por su parte, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo era competente para resolver sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno.⁶⁷

La Constitución autorizaba a la Corte Suprema a ejercer el control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley objetados como inexecutable por el Gobierno, tanto en términos de fondo como de forma.⁶⁸ Así mismo, le permitía decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra los decretos expedidos por el Gobierno en ejercicio de sus facultades excepcionales.⁶⁹

Aunque la norma sobre control constitucional de las leyes mediante acción popular sólo fue establecida en 1910, debe observarse que la constitución original había establecido ya desde 1886 dos principios esenciales en esta materia, a saber:

1° El de que los Tribunales podían, por vía de excepción, dejar de aplicar las leyes inconstitucionales o los decretos ilegales. (...)

2° Se estableció el sistema de que las objeciones del Presidente a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando versaran sobre

⁶⁶ Art. 214 Incisos 1 y 3. Constitución 1886.

⁶⁷ Art. 216 Constitución 1886.

⁶⁸ Art. 214 Numeral 1. Constitución 1886.

⁶⁹ Art. 214 Numeral 2. Constitución 1886.

inconstitucionalidad del proyecto, deberían ser decididas por la Corte Suprema.⁷⁰

El fundamento jurídico de este control constitucional del ordenamiento se encontraba en el artículo 215, según el cual “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.” Así, aunque existía un control constitucional establecido por la Constitución de 1886, lo cierto es que éste se limitaba a revisar que las normas del ordenamiento no fueran contrarias a la Constitución y, en esa medida, no se entendía como una forma de aplicar sus contenidos directamente a casos concretos, como se acostumbraba respecto a las normas de rango legal. La Corte Suprema no podía tramitar procesos tendientes a defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco de sus relaciones privadas o con el Estado, pues no existían acciones judiciales previstas para la aplicación directa de los derechos constitucionales.

La creación, en 1991, de una jurisdicción constitucional independiente de la jurisdicción ordinaria, con una Corte Constitucional en su nivel jerárquico superior⁷¹ y en la que se aplica un control difuso⁷² de constitucionalidad, tuvo, sin duda, repercusiones importantes sobre la forma de concebir el valor vinculante de la Constitución dentro del ordenamiento. Pero con la Constitución de 1991 no sólo cambia el control constitucional en términos de la autoridad competente para ejercerlo, o de sus alcances, sino que, principalmente, cambia el fundamento jurídico para hacerlo. Así, mientras que

⁷⁰ Holguín Holguín, Carlos. “La estructura de la Constitución de 1886”. En: Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Ibidem*. p. 256.

⁷¹ Arts. 116, 241 y ss. Constitución de 1991.

⁷² Un control difuso pues no se le encarga a un órgano concentrado, sino que, en virtud de los artículos 86 y 88 de la Constitución de 1991, cualquier juez puede llegar a ejercer la jurisdicción constitucional.

el artículo 215 de la Constitución de 1886 consagraba la primacía de la Constitución como un criterio hermenéutico de validez de las normas del sistema, la Constitución de 1991 consagra en su artículo 4 la primacía de la Constitución como “norma de normas”.

En este sentido, la Constitución de 1886 no le atribuía explícitamente el carácter de norma a la Constitución, como lo hace la Constitución de 1991 en su artículo 4, sino que se limitaba a sostener, en el artículo 215, que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, primarían las disposiciones constitucionales. Si bien el cambio es sutil, contiene una transformación muy significativa en términos del valor de la Constitución en el sistema jurídico que, deja de entenderse como un documento político programático para entenderse como una norma jurídica. Esta transformación le da un fundamento normativo y un sentido al hecho de consagrar acciones judiciales constitucionales, en la medida en que éstas buscan hacer efectivos los mandatos de la Constitución, a nivel jurisdiccional, a través de la aplicación de sus contenidos a casos específicos, y de la derivación de consecuencias jurídicas de las mismas, dentro del marco de las relaciones de los ciudadanos con el Estado, pero también de sus relaciones privadas.

Así, la introducción de distintas acciones constitucionales en la Constitución de 1991, como la acción de tutela,⁷³ o las acciones populares y de grupo⁷⁴, cambió por completo la forma de integrar los mandatos constitucionales al sistema jurídico, pues se presentan

⁷³ Art. 86 Constitución 1991.

⁷⁴ Art. 88 Constitución 1991. La Constitución incluso deja abierta la puerta para que la ley desarrolle otro tipo de acciones tendientes a hacer efectiva la protección de los derechos constitucionales frente a acciones u omisiones de autoridades públicas, en el artículo 89.

como las herramientas para hacer efectivas sus normas dentro del marco de situaciones concretas, ampliando así el alcance de a jurisdicción constitucional.

3.5.2. La jurisdicción constitucional en la jurisprudencia de la Corte

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha mencionado la fórmula del valor normativo de la Constitución como una de las características del Estado social y democrático de derecho en Colombia. En este modelo, la Constitución deja de ser una guía normativa de interpretación, para convertirse en una norma más del ordenamiento jurídico que, si bien tiene una jerarquía superior y unos contenidos de diversa significación, debe ser aplicada por todos los jueces de la república al ejercer funciones constitucionales. En palabras de la Corte, “la Constitución es norma de normas (CP art. 4), pero en modo alguno es una norma ordinaria que sólo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico.”⁷⁵

Esta jerarquía superior de la Constitución y su caracterización como norma y no sólo como criterio de interpretación, implica un cambio importante en el funcionamiento del sistema jurídico, pues sus mandatos, aunque vagos e indeterminados, irradian a todo tipo de actuaciones jurisdiccionales.

En el estado social de derecho –que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93.

sociedad y no del individuo en abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.⁷⁶

Por lo tanto, el hecho de reconocer un valor normativo al texto constitucional, tiene dos consecuencias. Por un lado, la ley pierde el lugar central que solía ocupar en el Estado liberal, y las normas constitucionales pasan a ocupar su lugar; así, la Constitución no sólo funciona, en este modelo, como parámetro para determinar el contenido de las leyes, sino también para determinar su debida aplicación en la práctica, de cara a las circunstancias concretas de cada caso. Por otro lado, amplía el marco de intervención estatal en las relaciones privadas, lo que afecta la división tajante que el Estado liberal establecía entre el ámbito público y el ámbito privado, dándole un mayor alcance al ámbito público, a través del reconocimiento de las implicaciones constitucionales de diversas relaciones privadas que se consideraban sujetas a la autonomía de la voluntad y a la regulación de las leyes civiles y comerciales.

En este sentido, para la Corte Constitucional, hay momentos en los que “el estricto seguimiento de las prescripciones legales no (...) conduce a los objetivos propuestos por el sistema”, pues “la efectividad del derecho, entendida como correspondencia entre la conducta y el contenido normativo, no siempre trae consigo la eficacia del derecho, entendida como correspondencia entre objetivos y resultados.”⁷⁷

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia. T-005/95.

Bajo esta perspectiva, en el Estado social de derecho “no basta con que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales”⁷⁸ y por lo tanto, es posible que la aplicación de la ley, que en apariencia procede en un caso concreto, ceda el paso a la aplicación directa de la Constitución, por parte de la rama jurisdiccional del Estado.

3.5.3. Acciones constitucionales

Para la Corte Constitucional, el Estado social no sólo implica una concepción doctrinaria distinta a la del Estado liberal, sino que también conlleva la creación de mecanismos judiciales efectivos correspondientes a la idea de la Constitución como una norma jurídica dentro del ordenamiento. Así en el Estado social, se consagran acciones jurídicas específicamente destinadas a proteger los derechos y libertades contenidas en su texto, que permiten exigir a una autoridad pública, su aplicación directa a un caso concreto.

Dado que el Estado adquiere un papel activo en la protección de los derechos, se crea un sistema cada vez más completo de garantías, que hace cierta y eficaz la responsabilidad del poder público frente a posibles vulneraciones. De ahí, la existencia de la justicia constitucional y el establecimiento, en la mayoría de los regímenes constitucionales, de un recurso de amparo o tutela judicial efectivo.⁷⁹

Como lo señala Clara López, la nueva Constitución “reclama supremacía dentro del ordenamiento jurídico, sus normas son directamente aplicables, prioriza la

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

materialización del derecho frente a la literalidad de la propia ley y erige a la Corte Constitucional en guardián de su integridad que es tanto como decir de su efectividad.”⁸⁰ En este sentido, como se mencionó anteriormente, la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares y de grupo, así como la acción pública de inconstitucionalidad, son ejemplos claros de lo anterior en el contexto colombiano.

3.5.4. El papel del juez

Si bien es cierto que la Constitución se ve respaldada, en el Estado social, -como cualquier norma legal-, por una serie de acciones jurisdiccionales conducentes para exigir su aplicación, también es cierto que su contenido es muy distinto al de las normas que contemplan derechos subjetivos, pues dado que buscan regular todo tipo de temas, se caracterizan por tener una textura abierta y estructura diversa⁸¹, que rara vez contempla obligaciones claras, expresas y exigibles.

Su aplicación directa, por lo tanto, no es tan simple como parece, especialmente si se tiene en cuenta el mandato adicional de verificar las circunstancias específicas del caso concreto, que limita las posibilidades de sentar normas generales de aplicación. En el Estado social, esta complicada labor de llenar de contenido y de vida a las normas constitucionales se le confía a los jueces, que dejan su posición de árbitros ciegos y neutrales, receptores pasivos de mandatos de aplicación silogística, para pasar a ser

⁸⁰ López, Clara. *Economía de los derechos*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Biblioteca jurídica Dike. Bogotá, 2005. P.26.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93 “El cumplimiento de su misión como parámetro objetivo del ordenamiento y dinamizador del mismo, no podría realizarse sin la variedad de formas que asumen sus normas: normas clásicas, normas de textura abierta, normas completas, normas de aplicación inmediata, normas programáticas, normas de habilitación de competencias, normas que consagran valores, normas que prohíjan principios, normas que contemplan fines, etc.”

protagonistas activos, que pueden intervenir en la determinación de las obligaciones que se derivan de las leyes y los contratos, a la luz de las normas, los principios y los valores constitucionales.

Una de las características emblemáticas del estado constitucional es el nuevo papel del juez. Este ya no es el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. Si así fuera, nada diferenciaría al estado constitucional de otros modelos de organización política que se superaron precisamente para darle cabida a aquél. Lejos de ello, la jurisdicción, en una democracia constitucional, es el ámbito de concreción y protección, por excelencia, de los derechos fundamentales de las personas. De allí que en los estados modernos se configuren mecanismos para que el ciudadano pueda acudir ante sus jueces en aquellos eventos en que se le desconoce su dignidad, se le confisca o, en fin, se es indolente ante sus padecimientos.⁸²

Así, el juez debe concretar la aplicación de las leyes, los contratos y la Constitución y en general, cualquier norma del sistema jurídico, en un caso concreto, pero no sólo haciendo referencia a las normas que están en el ordenamiento, sino también a criterios y circunstancias que pueden no haber sido expresamente reconocidos para el caso, pero que influyen al momento de tomar una decisión realmente justa⁸³, o por lo menos acorde con los fines del Estado social. En este sentido, para la Corte es “indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas y,

⁸² Corte Constitucional. Sentencia. T-119/05. M.P. Jaime Córdoba.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia. T-505/92. “La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización”.

por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.”⁸⁴

Por lo tanto, en este modelo, que parte de una idea de insuficiencia de la ley frente a la complejidad social, así como de una teleología jurídica que entiende el sistema judicial como un instrumento para alcanzar los fines del Estado, el juez puede determinar la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, así como la posibilidad de que, en el ejercicio de libertades reconocidas por el sistema jurídico, se vulneren otros derechos de rango constitucional. La interpretación de los mandatos constitucionales no se detiene, entonces, en la promulgación de leyes generales y abstractas para regular la sociedad, sino que permea a todas las actividades de la sociedad civil y del Estado, desde la creación de las normas hasta la forma de ejecutar sus obligaciones. Y es el juez, el principal encargado de asegurar esta primacía constitucional.

En este proceso abierto y fluido de la interpretación Constitucional no puede el Legislador reclamar el monopolio del mismo y, menos aún, atribuir a sus dictados el carácter de interpretación auténtica. La interpretación que realiza el Legislador de los textos constitucionales la hace en el contexto del ejercicio de su función legislativa y sólo puede obedecer a ese propósito. Las definiciones y precisiones que efectúa no trascienden lo que siempre será norma legal y se funden en ésta. La Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquéllas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia. C-479/92. M.P. José Gregorio Hernández.

y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos.⁸⁵

La responsabilidad de salvaguardar los contenidos de la Constitución, y de hacer justiciables los derechos constitucionales se le encarga a los jueces constitucionales, a través de la creación de una jurisdicción especial, o de la creación o fortalecimiento de las Cortes Constitucionales. En Colombia, en virtud del control difuso de constitucionalidad que trae nuestra Carta Política, esta responsabilidad la tienen todos los jueces de la República, independientemente de su especialidad.

Esto implica que los jueces tienen, de hecho un gran poder, aunque no han sido legítimamente elegidos como representantes para ejercerlo. Esto produce, al menos, suspicacias, dentro de un sistema que pretende ser democrático, pues aunque es cierto que el hecho de no ser elegidos popularmente permite que los jueces ejerzan un papel contra mayoritario, en ocasiones pueden llegar a intervenir en tal grado que sus acciones desdibujan su papel de árbitros de las relaciones sociales y los convierten una fuente más de regulación y de creación normativa. No obstante, este punto será analizado más adelante cuando se traten las críticas que se han presentado en el sector financiero contra la jurisprudencia constitucional.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia. C-531/93.

CAPÍTULO II

Análisis de caso: la actividad bancaria en el Estado social

Hasta el momento, he intentado mostrar la forma en la que la Corte Constitucional entiende la relación del Estado social con los modelos de Estado que, en su opinión, le anteceden: el Estado liberal y el Estado de bienestar. En este sentido, traté de analizar la forma en la que el Estado social retoma algunos de los elementos de estos modelos, pero los reinterpreta y les da un contenido y un alcance distinto, de tal forma que se presenta como una alternativa de regulación institucional diferente al Estado liberal y al Estado de bienestar.

Así, el Estado social supone una ampliación en los fines del Estado, un cambio cualitativo en sus objetivos y una transformación en la estructura del sistema de creación y aplicación de normas. En este sentido, se identifica con el Estado de bienestar. No obstante, su cercanía con el Estado liberal es evidente y, en mi opinión, más fuerte, en la medida en que la reinterpretación o el rechazo de sus categorías no tienen otra finalidad que buscar medios alternativos para alcanzar, de manera más adecuada, la realización de sus principios fundamentales. Así, la idea de igualdad material, la acentuación de los fines del Estado y el crecimiento de la intervención del Estado en el ámbito privado que, como se analizó anteriormente, caracterizan, entre otros elementos, al Estado social, se justifican sólo porque se considera que son mecanismos que protegen, de manera más efectiva, la libertad individual, que es, finalmente, el pilar fundacional del Estado liberal.

En el Estado social, por lo tanto, se busca conciliar dos principios que son mutuamente excluyentes; la libertad y la igualdad; esto presenta grandes dificultades en la práctica, pues la garantía del segundo implica necesariamente la limitación del primero, aunque el objetivo es tratar de maximizar, en lo posible, la realización de ambos.

A continuación voy a analizar, brevemente y en términos generales, la forma en la que la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de los alcances de la actividad bancaria en Colombia, para evidenciar las tensiones que presenta, en términos de la libertad y la igualdad, la aplicación de las categorías novedosas del Estado social -que se analizaron en el capítulo anterior-, a un sector como el financiero, construido a partir de los principios del Estado liberal y, por esta razón, acostumbrado a interactuar con base en sus instituciones y principios.

1. La regulación de la actividad bancaria en Colombia

1.1. La actividad bancaria en la legislación

La Constitución le atribuye al legislador amplias competencias para regular la actividad económica y, en particular, la actividad financiera, de tal forma que es posible que establezca ciertas restricciones a las libertades que las acompañan, cuando lo considere conveniente, para asegurar el bien común.⁸⁶ Las políticas públicas que desarrollan estos

⁸⁶ En concordancia con los artículos 334, 335 y 58 de la Constitución de 1991.

temas, y sus términos específicos deben, en concordancia con el texto constitucional, dejarse a la iniciativa del legislador y del ejecutivo.

Por su parte, la legislación financiera y sus desarrollos normativos se caracterizan por ser muy densos y complejos, pues buscan generar una confianza pública en el sector y en el funcionamiento del mercado. Sus operaciones son objeto de una regulación proveniente de distintos órganos del Estado, no sólo del legislador y del Ejecutivo, sino también de entidades como la Superintendencia Bancaria o, en ciertos casos, la Superintendencia de Valores.

En la legislación existen mecanismos que favorecen la protección del cliente y del consumidor de los servicios financieros, exigiendo diligencia en la prestación de los mismos, una asistencia debida a los usuarios en el desarrollo de las relaciones contractuales. Igualmente, se protegen los intereses del cliente al prohibir el establecimiento de cláusulas exorbitantes que “puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”⁸⁷ y al crearse la figura del Defensor del Cliente, que tiene la función de “ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de éstos relativas a la prestación de los servicios”.⁸⁸

No obstante, como se verá más adelante, en opinión de la Corte, esta regulación legal no es suficiente para abarcar las implicaciones jurídicas, de rango constitucional, que trae

⁸⁷ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero art., 98-4-1.

⁸⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 98-4-2.

consigo el desarrollo de la actividad financiera, en una economía de mercado y dentro del marco del Estado social.

1.2. Implicaciones constitucionales de la actividad financiera

Para la Corte Constitucional, si bien las entidades bancarias se rigen, de manera general, por el derecho comercial⁸⁹, su actividad tiene implicaciones constitucionales y, por lo tanto, puede también ser objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional, lo cual lleva a una limitación importante de la aplicación de los principios generales de la legislación comercial.

Sin pretender negar el carácter expansivo que por diversas razones tiene el derecho mercantil, esta Corporación no puede menos que observar que desde la perspectiva constitucional tal fenómeno no puede realizarse a costa de la vulneración de la libertad y la igualdad de que es titular toda persona en virtud, precisamente de esta misma y excelsa condición que el Constituyente reconoció y privilegió en buen número de preceptos de la Carta vigente.⁹⁰

Para la Corte Constitucional, la intención del Estado social de proporcionar beneficios y servicios sociales a los menos favorecidos, en condiciones de eficiencia y universalidad⁹¹, no se diluye por el hecho de que sea una entidad privada la encargada de aportar la infraestructura y realizar las actividades necesarias para que esto sea posible en la práctica. Sin embargo, es evidente que, por este hecho, tampoco se diluye

⁸⁹ Pues el código de comercio define la actividad de las entidades financieras como actos de comercio.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-022/93.

⁹¹ Art. 365 Constitución de 1991.

el derecho que tienen dichas entidades a recibir una contraprestación por estos servicios y, dentro del marco de una economía de mercado de capitales, de recibir utilidades por ellos, más aún si se tiene en cuenta que el ánimo de lucro es un elemento esencial de las actividades comerciales.

En este sentido es importante recordar que en el Estado social lo que se busca no es erradicar las instituciones legales que se desarrollaron en el Estado liberal con el fin de promover la evolución y el dinamismo del comercio dentro de un marco de seguridad jurídica, autonomía e igualdad, sino reinterpretar estas categorías dentro del marco de una sociedad heterogénea e inequitativa, muy distinta al ideal de sociedad libre e igualitaria dentro del cual se desarrollaron los principios de autonomía de la voluntad e igualdad de las partes en el marco contractual. Así, sin que se pretenda negar el valor que tienen las manifestaciones de voluntad de los contratantes, y las consecuencias que éstas conllevan dentro del marco del sistema legal colombiano, el Estado social impone ciertas restricciones a su ejercicio, y condiciona la ejecución de las obligaciones a la consideración de las circunstancias concretas en las que debe llevarse a cabo.

Es evidente, entonces, que el carácter social del Estado entra en tensión con la posibilidad que tienen las personas de ejercer su libertad económica, especialmente si desarrollan actividades que se consideran de gran impacto en la sociedad. Como lo intentaré mostrar más adelante, la tendencia de la jurisprudencia constitucional ha sido, hasta el momento, la de resolver esta tensión a favor de lo que considera que es elemento social, es decir, la de limitar la libertad de las entidades bancarias,

favoreciendo los intereses de quienes reciben el servicio. De esta forma, la Corte ha tendido a privilegiar, en sus sentencias, el carácter universal del servicio que prestan las entidades financieras, que califica como servicio público, por sobre el derecho de las instituciones financieras de lucrarse por su trabajo.

En consecuencia, por ejemplo, si bien el hecho de aplicar las cláusulas aceleratorias pactadas en un contrato de mutuo, de utilizar y circular datos de contenido económico o de negar la prestación de un servicio financiero no son, *per se*, actividades ilegítimas y, de hecho, son el resultado del ejercicio de las libertades contempladas en las normas que regulan la actividad financiera, para la Corte hay casos en los que estas acciones pueden llevar a la vulneración de derechos fundamentales, incluso cuando la entidad bancaria no tiene una responsabilidad directa en la creación de las condiciones que ponen al usuario en la situación de indefensión o debilidad manifiesta que afectan estos derechos.

Para la Corte, en el Estado social de derecho y en virtud del compromiso que éste supone frente a la superación de las desigualdades sociales, “los procesos económicos se deben desarrollar dentro de un marco mínimo de justicia material, dentro del cual quienes ostentan una posición privilegiada se erigen como verdaderas autoridades, y en consecuencia están en el deber de garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales.”⁹²

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

Con base en este argumento, la Corte ha limitado significativamente la libertad contractual de las entidades bancarias, así como su facultad para exigir el cumplimiento de sus acreencias, por ejemplo, cuando el usuario es víctima de los delitos de secuestro o desaparición forzada⁹³, es un enfermo de SIDA⁹⁴, o profesa un credo distinto al de la mayoría de la población⁹⁵, es decir, cuando hace parte de un grupo reconocido como desaventajado, en los términos en los que se analizó este concepto en el capítulo anterior. A continuación, se analizará, con más detenimiento, la forma en la que la Corte ha justificado y aplicado estas limitaciones a la libertad de las entidades bancarias en su jurisprudencia.

2. Procedencia de la acción de tutela frente a las entidades bancarias

La Corte Constitucional ha esgrimido tres razones para justificar la procedencia de la acción de tutela frente a entidades bancarias, a saber, el hecho de que las instituciones financieras prestan un servicio público, la subordinación en la que se puede encontrar el individuo respecto a la actividad bancaria y el carácter normativo de las disposiciones constitucionales.

⁹³ Entre otras, las sentencias T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar y T-676/05 M.P. Humberto Sierra.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05.

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05. M.P. Marco Gerardo Monroy.

2.1 Valor normativo de las disposiciones constitucionales

En términos de las implicaciones que tiene dentro del sistema jurídico el entender la Constitución como una norma jurídica, la Corte analiza la posibilidad de ejercer la acción de tutela en contra de entidades particulares, como las que se encargan generalmente de prestar servicios financieros está, además, a la luz del artículo 4 de la Constitución, “según el cual la Constitución es norma de normas, y es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades”⁹⁶. En opinión de la Corte, “el carácter prevaleciente de los derechos inalienables de la persona, junto con el hecho de que los particulares deban responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, permite afirmar que los derechos consagrados en la Constitución condicionan también la conducta de los particulares.”⁹⁷

Por otra parte, en lo que se refiere a la prestación de un servicio público y la debilidad que puede presentar el usuario del servicio, la posición de la Corte es consecuente con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, referente a la acción de tutela, que condiciona la procedencia de este recurso jurisdiccional contra particulares a que éstos se encarguen de la prestación de un servicio público, realicen actividades que afecten “grave y directamente el interés colectivo”, o a que el solicitante se halle ante ellos en situación de subordinación o indefensión. Estos dos elementos serán objeto de análisis a continuación.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia. C-587/92.

⁹⁷ *Ibidem*.

2.2. La actividad financiera como un servicio público

La de servicios públicos es una categoría general que agrupa distintas especies, entre las que se encuentran, por ejemplo, los servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios⁹⁸. Aunque, en principio, la obligación de prestar estos servicios se encuentra en cabeza del Estado, la Constitución admite que los particulares o las comunidades organizadas puedan prestarlos directamente, como lo señala la Corte, “si el Estado no se encuentra en condiciones para prestar debidamente un servicio público que es esencial para la población”⁹⁹.

Los artículos 355 y 150-23 afirman que el régimen de los servicios públicos debe ser regulado por la ley, lo cual implica que es el legislador el principal obligado a dictar las normas referentes a su naturaleza, extensión y cobertura, a decidir cuáles son o no de carácter esencial, y a garantizar la regularidad, constancia, calidad y eficiencia en su prestación.

Así mismo, debe señalar cuáles son las entidades encargadas prestar estos servicios y, si son estatales, señalar cómo debe implementarse el control, la inspección y la vigilancia de su prestación por parte de los particulares, de tal forma que se dé conforme a las características enunciadas anteriormente. También es el legislador quien debe establecer el régimen tarifario y las formas concretas de protección de los intereses de los usuarios,

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-064/94. M.P. Hernando Herrera.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-570/92. M.P. Jaime Sanin.

sus deberes, sus derechos, y las formas en las que pueden participar en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras del servicio¹⁰⁰.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional utiliza un criterio funcional para analizar si un servicio comercial puede considerarse público; el punto no es si el servicio es prestado por el Estado, o si se rige por las normas del Derecho público, sino qué tan importante es para el desarrollo de la sociedad y de las personas que la integran.

Para determinar cuándo se está ante un servicio público, en Colombia se ha seguido un criterio funcional en virtud del cual se tiene en cuenta la función social cumplida por una actividad específica. Por ello, toda actividad orientada a satisfacer necesidades generales, de manera continua y obligatoria y regulada por el derecho público, constituye un servicio público.¹⁰¹

Con base en estos argumentos, la Corte califica la actividad financiera como un servicio público, primero, en virtud de su reconocimiento como tal en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia¹⁰² y, segundo, en virtud de la importancia de la labor que desempeñan las entidades bancarias en una economía de mercado. Así, por ser las que

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-263/96. M.P. Antonio Barrera.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05. La Corte menciona que este ha sido el criterio utilizado por la jurisprudencia a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 1970, así como el criterio que se encuentra en la legislación, por ejemplo, en el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo, tanto en su contenido original como en sus reiteradas modificaciones.

¹⁰² “La actividad financiera es un servicio público por excelencia, no sólo en razón de la función social que a través de ella se cumple, del interés público que es inherente a ella y de la regulación que de ella hace la Carta en el marco de los servicios públicos; sino también porque así lo ha reconocido la legislación (...) y lo ha aceptado también la jurisprudencia”. Corte Constitucional. Sentencia T-170/05. Entre otras normas y sentencias, la Corte menciona el Decreto 1593 de 1959, la sentencia del 15 de julio de 1997 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional las sentencias T-443/92, M.P. José Gregorio Hernández y SU-157/99 M.P. Alejandro Martínez.

administran los recursos de los particulares y, las más de las veces, las que proveen el capital para el desarrollo de sus actividades, juegan un papel fundamental, pues del acceso a sus servicios puede llegar a depender la garantía de los derechos fundamentales de los menos favorecidos.

Por esta vía, la Corte argumenta que la actividad bancaria compromete la prestación de servicios de carácter público, en la medida en que éstos se relacionan directamente con la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas de la población en general. El hecho de que su actividad sea considerada un servicio público tiene como consecuencia el rompimiento del equilibrio en sus relaciones contractuales, en los siguientes términos:

Al prestar un servicio público, el banco cuenta con atribuciones frente al usuario que implican un quebrantamiento del plano de igualdad que caracteriza las relaciones entre particulares y, en esa medida, justifican la exigibilidad del respeto de los derechos fundamentales de los usuarios ante los bancos, a la luz del caso concreto.¹⁰³

Así, se entiende que al contratar la prestación de un servicio público, el usuario no se lo supone motivado por la autonomía de la voluntad, o por un capricho que lo lleva a ejercer su libertad contractual, sino por el fin de satisfacer sus necesidades básicas más elementales, requisito *sine qua non* para la realización de una vida en condiciones de dignidad. Esto justifica, entonces, que la acción de tutela sea procedente contra entidades bancarias.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05.

2.3. La situación de debilidad del usuario

Aunque podría pensarse, entonces, que este rompimiento del equilibrio contractual que se da en virtud del carácter público que prestan las entidades financieras se aplica en todos los casos, lo cierto es que la Corte Constitucional ha insistido en que es importante que se demuestre la subordinación efectiva en la que se encuentra el demandante frente a la entidad financiera, así como la vulneración de sus derechos fundamentales, para que la acción de tutela sea procedente, y por lo tanto se abra la puerta a la intervención constitucional directa en la actividad financiera.

Podríamos afirmar, entonces, que el definir la actividad bancaria como un servicio público, en realidad, no es lo que determina la procedencia de la tutela en contra de las entidades bancarias, sino el hecho de encontrarse el usuario, frente al banco, en una situación de debilidad que vulnera sus derechos fundamentales.

Siguiendo esta línea, la Corte, en la sentencia T-587/03¹⁰⁴, por ejemplo, declara improcedente la acción de tutela en un caso de controversia contractual entre una entidad bancaria y una sociedad hotelera, por considerar que ésta última no se encontraba en situación de subordinación o debilidad frente al banco y que, por lo tanto no se veían amenazados sus derechos fundamentales. La Corte sostuvo que la sociedad hotelera debía buscar una solución legal a su problema en la jurisdicción ordinaria pues, en la medida en que el litigio no tenía implicaciones constitucionales, no era posible

¹⁰⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy.

discutir sus términos en la jurisdicción constitucional, reservada exclusivamente para controversias de esa naturaleza.

Esta idea de la competencia de la jurisdicción constitucional para intervenir en litigios de tipo contractual, que se dan entre las entidades bancarias y sus usuarios, tiene una explicación en el carácter público del servicio que prestan, pero depende de la efectiva demostración de una situación de debilidad y de la consecuente amenaza de los derechos fundamentales, ha sido desarrollada recientemente por la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-763/05.

En esta decisión se analizaron los criterios que pueden tener en cuenta las entidades bancarias para negarse a prestar sus servicios a un individuo determinado. En este proceso, por lo tanto, la Corte impone una serie de limitaciones a esta libertad contractual en sentido negativo, por considerar que la falta de este servicio puede llevar a la vulneración de derechos fundamentales. Al analizar las implicaciones de la importancia de la actividad bancaria, la Corte afirma lo siguiente:

Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-763/05.

No obstante, la Corte advierte en esta ocasión que, aunque el hecho de que las entidades bancarias presten servicios públicos implica, de manera general, una subordinación del usuario frente a ellas, -porque su actividad se relaciona directamente con la realización de sus derechos fundamentales-, esto no puede presumirse y, por el contrario, debe demostrarse en caso de que se pretenda una intervención directa del Estado a través de la acción de tutela. En este sentido, afirma la Corte: “Es de precisar que la tutela contra entidades bancarias puede ser improcedente si en el caso concreto no existe subordinación del accionante frente al banco”.¹⁰⁶

3. La intervención del juez en la actividad financiera

La contratación bancaria, como todo negocio contractual, se sustenta en la libertad de contratación y en el principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, debido las diferencias de poder entre las partes que contratan y a la importancia de los intereses en juego, la actividad bancaria recibe una atención preferente por parte de los órganos del Estado. Sin embargo, la generalidad de los términos de regulación del sector implica que, en muchos casos, la normatividad no es suficiente para determinar si, en casos concretos y difíciles, se presta el servicio conforme a los criterios del Estado social.

El control del equilibrio de un contrato, por lo tanto, debe también darse en concreto, por parte del poder judicial, para que puedan corregirse, prevenirse o sancionarse efectivamente las conductas abusivas de la parte fuerte del contrato, de tal forma que los

¹⁰⁶ *Ibidem.*

principios y valores constitucionales informen adecuadamente los términos de los negocios privados.

Sin embargo, la intervención del Estado en la actividad financiera, aunque puede ser estricta y exigente debe, en todo caso, respetar un mínimo de libertad de negociar y de autonomía de la voluntad, para que no modifique su naturaleza comercial, cuya legitimidad también está respaldada al nivel constitucional y, por lo tanto impone límites, tanto a las ramas legislativa y ejecutiva como a la rama judicial, en el momento de controlar la equidad y el equilibrio de la contratación bancaria.

En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que la limitación de las libertades económicas debe ser “razonable y proporcional”, conforme a un marco de regulación económica que, aunque impone límites a la autonomía de la voluntad, no por esto termina anulándola.¹⁰⁷ Siguiendo el criterio de Aragón Reyes “el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública (...).”¹⁰⁸

Ahora bien, el problema es que la libertad contractual y de empresa no siempre son sensibles a la posible vulneración de derechos fundamentales de personas en situaciones específicas de debilidad; en esos casos, la jurisdicción es el medio pertinente hacer efectiva la incidencia de la Constitución y de sus derechos sobre el sistema jurídico por medio de la limitación concreta del ejercicio de la libertad contractual o de facultades

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-265/94. M.P. Alejandro Martínez.

¹⁰⁸ Manuel Aragón Reyes, “Constitución y modelo económico”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, tomo II, pp. 395.

legales que se derivan del contrato, para que no sean la base de acciones abusivas o arbitrarias.¹⁰⁹

La Corte ha afirmado que algunas conductas de las entidades financieras “tienen el contenido material de justicia privada administrada para proteger intereses gremiales, con el obvio riesgo de vulnerar derechos fundamentales tales como el debido proceso, la intimidad, la honra, el honor y la libertad.”¹¹⁰

Por esta razón, la Corte considera posible que las entidades bancarias, en el ejercicio de sus funciones, lleguen a vulnerar derechos fundamentales de sus usuarios como, por ejemplo, el derecho al debido proceso, entre otros, aun cuando no tienen nada que ver con las funciones judiciales y de policía contra las que se alega, generalmente, este derecho fundamental.¹¹¹ La Corte justifica esta posición también en la intención del constituyente primario¹¹², que expresamente quiso extender la garantía contenida en el artículo 29 constitucional “a todo tipo de actuaciones en que estén presentes disciplinas sancionatorias que involucren o afecten intereses esenciales de las personas, tales como su libertad o su patrimonio.”¹¹³

¹⁰⁹ Sobre abusos de entidades bancarias que han comportado vulneración de derechos fundamentales pueden ser consultadas las Sentencias T-602/98 M.P. Carlos Gaviria, T-183/96 M.P. José Gregorio Hernández y C-041/00 M.P. José Gregorio Hernández, entre otras.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-022/93. M.P. Ciro Angarita.

¹¹¹ Estima la Corte que, en “comprensible similitud material de función con el servicio público de administración de justicia”, el peticionario estima violado su derecho al debido proceso, por “la circulación indebida de una información que a la ligera pudiera ser considerada en algunos círculos como antecedentes -en los claros términos del artículo 248 de la Carta- cuando es lo cierto que no se ha producido aún una sentencia y la materia de ella nada tiene que ver con el derecho penal o de policía”.

Ibidem.

¹¹² Informe del Constituyente Hernando Londoño Jiménez. *Gaceta Constitucional N° 84*, Mayo 24 de 1991.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

Así mismo, la Corte analiza la coincidencia de esta posición con la tesis expuesta por el Tribunal Constitucional español¹¹⁴, entre otros tribunales extranjeros, “preocupados por las consecuencias de conducta de las personas de cuya apreciación pueda derivarse un resultado sancionatorio o delimitativo de sus derechos”, así como con los instrumentos internacionales que tratan el tema.¹¹⁵

A continuación se analizarán algunos casos en los que la Corte Constitucional considera que las entidades financieras han vulnerado derechos fundamentales de sus usuarios, aún en ejercicio de derechos y libertades, de rango legal y constitucional, con el fin de evidenciar la forma en la que esta Corporación ha realizado, en la práctica, los principios del Estado social de Derecho en la actividad financiera.

3.1. Aplicación del principio de solidaridad frente a circunstancias de debilidad manifiesta del deudor de un proceso ejecutivo

En la interpretación de la Corte Constitucional, dentro del marco de los procesos ejecutivos, si el deudor se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, el acreedor debe tener en cuenta esta situación antes de utilizar los mecanismos jurisdiccionales a su alcance para exigir el cumplimiento del crédito, pues estas

¹¹⁴ Tribunal Constitucional Español. Sentencia de marzo 8 de 1985.

¹¹⁵ La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “instrumentos todos los cuales se hallan vigentes y tienen fuerza vinculante, en virtud de lo dispuesto por el art. 93 de la Carta de 1991.” Corte Constitucional. Sentencia T-022/93.

circunstancias afectan su capacidad de afrontar, de manera equilibrada, la defensa de sus intereses.¹¹⁶

El simple hecho de que una persona se encuentre en situación de debilidad manifiesta, implica que sus derechos fundamentales pueden ser afectados por la conducta de terceros, ajenos a los hechos que originaron tal situación, incluso cuando su conducta corresponde al ejercicio de un derecho o de una libertad protegida por el ordenamiento jurídico. En este sentido sostiene la Corte,

Sin desconocer el derecho al cumplimiento de la obligación que le asiste a todo acreedor, sí le es exigible la consideración de una situación tan grave como la reportada por la actora, pues no puede desconocerse la consecuente incapacidad de afrontar, de manera equilibrada, la defensa de sus intereses al interior de esa actuación. Ser titular de un crédito no habilita a nadie a mostrarse indolente ante la tragedia ajena, mucho más si ésta no sólo compromete la vida del deudor sino que interfiere su capacidad de asumir la defensa de sus propios negocios.¹¹⁷

Así, las entidades bancarias deben desplegar una conducta acorde con el principio de buena fe, con el deber de solidaridad, y con el deber de prestar especial protección a quienes se hallan en circunstancia de debilidad manifiesta. En opinión de la Corte, la disociación estas circunstancias de debilidad con la capacidad de cumplir con la obligación crediticia, denota una posición formalista frente al Derecho, y no toma en cuenta las implicaciones que tiene, en el ámbito de los derechos fundamentales, el

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-170/05.

¹¹⁷ *Ibidem*.

incumplimiento de los deberes de solidaridad y de buena fe, así como la especial protección a quienes están en condición de desigualdad.¹¹⁸

El caso de los secuestrados, es muy interesante, pues fue la jurisprudencia de la Corte Constitucional la primera en proteger, de manera directa, a este grupo en circunstancia de debilidad evidente, al principio, a través de la exigencia del pago de los salarios de los secuestrados y, posteriormente, a través de la suspensión de ciertas obligaciones financieras. En lo que tiene que ver con los deudores de las entidades financieras que se encuentran secuestrados, la Corte ha sostenido que, en virtud del deber constitucional de solidaridad, dichas entidades no pueden exigir las cuotas de la deuda durante el secuestro, ni durante la fase de readaptación de la persona demandada, que puede variar en cada caso, dependiendo de las circunstancias específicas y de la efectiva vulneración de los derechos fundamentales del accionante.¹¹⁹ En palabras de la Corte:

En todo caso la exigibilidad de tales deberes por medio de la acción de tutela dependerá de las circunstancias fácticas que caractericen la situación en que se encuentra el secuestrado o desaparecido y su núcleo familiar y de la efectiva demostración de la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, carecería de sentido, desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales, exigir el cumplimiento del deber de pago del salario si no se comprueba una afectación del mínimo vital del núcleo familiar o de las personas que dependían económicamente del plagiado. Igualmente no sería razonable impedir que las entidades bancarias acreedoras satisficieran los créditos de los cuales son titulares cuando el secuestrado o desaparecido cuente con un patrimonio suficiente para

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-676/05.

responder por las obligaciones a su cargo y haya sido designado un curador responsable de sus bienes.¹²⁰

Hoy en día, la Ley 986 de 2005 regula específicamente la materia y, a diferencia de la jurisprudencia constitucional, no condiciona la suspensión de las deudas que tienen los secuestrados con las entidades bancarias a la efectiva vulneración de sus derechos fundamentales, como lo hace la Corte, sino que va mucho más allá, en el sentido de extender la suspensión a todos los casos, indistintamente, durante el tiempo del secuestro y durante la etapa de readaptación de la víctima que, en términos de la ley, es de un año.

No obstante, en la sentencia T-767 de 2005, la Corte determinó que este plazo establecido por la ley puede llegar a ser mayor, si se prueba, dentro del marco de la jurisdicción constitucional, que aún después de este tiempo, el cobro del crédito por parte de la entidad financiera vulnera derechos fundamentales. En mi opinión, esto no significa una decisión en contra de lo establecido en la ley; por el contrario, lo que muestra es que la aplicación de la ley, si se discute dentro del marco de la jurisdicción constitucional, se subordina a la verificación efectiva de que, dentro de las circunstancias reales de las partes, ésta no vulnera sus derechos fundamentales, lo que puede llevar a la aplicación condicionada de la Ley.

¹²⁰ *Ibidem.*

3.2. Límites a la libertad contractual de las entidades financieras

Para la Corte Constitucional¹²¹, la posibilidad que tiene todo sujeto de decidir libremente con quién establece relaciones comerciales, no se aplica de manera absoluta en el caso de las entidades financieras. En este sentido, la Corte ha argumentado, en su jurisprudencia, que la determinación de una entidad financiera no contratar con un sujeto particular no puede derivarse de razones subjetivas o caprichosas, es decir, de su autonomía de la voluntad, pues ésta se limita, en interpretación de la Corte, en virtud de la universalidad y solidaridad que guían la prestación de los servicios públicos, dentro de los cuales se incluye la actividad financiera.

Así, para la Corte, las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgársele el crédito, pues prima la universalidad del ahorro sobre la libertad económica. Por su parte, dentro de los criterios proscritos por la Corte para la negación de un servicio financiero se encuentran, entre otros, la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña el sujeto, su sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión. Las entidades tampoco pueden negarse a prestar sus servicios exclusivamente por que la historia crediticia del deudor, según los reportes de las centrales de datos, es negativa. En este sentido la Corte obliga a las entidades a hacer un estudio comprensivo de más factores, adicionales a la capacidad de pago del solicitante del crédito, medida a través de su historia crediticia.

¹²¹ Entre otras muchas sentencias, T-763/05 y SU-157/99.

CAPÍTULO III

Críticas del sector financiero

En el capítulo anterior, intenté mostrar algunas tendencias generales que han caracterizado la intervención de la Corte Constitucional en la actividad bancaria, a través del desarrollo de los principios propios del Estado social como, entre otros, la solidaridad y la igualdad material. En este sentido, en mi opinión, es posible sostener que, para la Corte prima, de manera general, el concepto de equidad material sobre el principio de libertad contractual, lo que implica una ampliación del ámbito público, a través de la extensión de las funciones del Estado y de la aplicación del principio de solidaridad.

No obstante, como se señaló en la introducción, esta forma de interpretar los alcances del Estado social en la actividad bancaria, no ha sido recibida de manera monolítica en Colombia; así, si bien hay amplios sectores de la sociedad que ven en la interpretación de la Corte una forma adecuada de garantizar los derechos fundamentales en el marco de la actividad financiera, hay también quienes han rechazado abiertamente esta intervención, criticando, desde diversos puntos de vista, la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Estas reacciones desfavorables han sido particularmente frecuentes dentro del marco del sector financiero y, dentro de este contexto, se dirigen en cuatro direcciones que se reseñan a continuación:

1. Falta de argumentos técnicos al momento de fallar

El primer grupo de críticos puede caracterizarse, siguiendo a Kalmanovitz, como aquellos que “argumentan que los tecnicismos financieros del sistema (...) no deben ser diseñados por juristas no especializados en la materia.”¹²² Sus argumentos tienden a resaltar la importancia del rigor técnico y conceptual que son necesarios para administrar un Estado, especialmente en un Estado de recursos limitados como el colombiano, y acusan a la Corte de ignorancia en esta materia, resaltando el impacto perjudicial de sus decisiones sobre la estabilidad del sistema financiero y, en general, sobre el desarrollo económico del país.

En este sentido, para estos críticos, la Corte desconoce el carácter programático y los límites que tiene la aplicación directa de los derechos constitucionales en una economía pobre; su posición es paternalista, y trata a los ciudadanos como menores de edad que no pueden salir adelante por sus propios méritos, o que deben cumplir con sus obligaciones de manera responsable.

Según esta perspectiva, los magistrados, al enfrentarse a la solución de problemas que tienen efectos económicos a gran escala, no tienen en cuenta factores macroeconómicos, las más de las veces determinantes en la situación de desbalance que la Corte busca

¹²² Kalmanovitz, Salomón. “El modelo antiliberal colombiano”. En: www.semana.com.

resolver, y que no sólo afecta a los deudores,¹²³ sino también a los acreedores y, en general, a la estabilidad del sistema financiero.¹²⁴

Así, para autores como Kalmanovitz, los fallos de la Corte frenan el desarrollo económico del país, pues afectan negativamente el balance fiscal, contribuyendo a la erogación de fondos fundamentales para el sostenimiento de la economía, sin tener en cuenta la escasez de recursos.¹²⁵

Ahora, es posible que las argumentaciones jurídicas de los magistrados sean impecables, pero ¿hasta qué punto es esto deseable si en la práctica esto desestabiliza el orden social? Para académicos del Derecho como Uprimny, que podríamos llamar *consecuencialistas*, las normas jurídicas no pueden ser lo único que la Corte tiene en cuenta en el momento de fallar dentro de la jurisdicción constitucional, pues sus decisiones afectan no sólo a los accionantes sino también, y en la medida en que interpretan la Constitución como norma de normas, al ordenamiento jurídico en general; los jueces en su opinión, tienen el deber de recurrir a las asesorías técnicas que sean necesarias para poder prever y valorar el impacto de sus sentencias dentro del contexto

¹²³ La Corte, según Kalmanovitz, “ha definido que los deudores de vivienda son especiales, en tanto la Constitución garantiza el derecho a la vivienda digna, y que el resto de ciudadanos que pagamos impuestos debemos resarcirlos de sus pérdidas. El fallo premia fundamentalmente a la clase media, a algunos que incluso se endeudaron por encima de su capacidad de pago y a los que compraron vivienda de lujo.” Kalmanovitz, Salomón: “El modelo antiliberal colombiano.” *Op. cit.*

¹²⁴ “Con una buena regulación, el riesgo país ha podido ser repartido entre deudor, ahorradores, corporación y gobierno, lo cual hubiera amortiguado su efecto sobre las deudas. (...) Pero la Corte defendió en forma radical a los deudores hipotecarios. Declaró inconstitucional una ley que antes había considerado exequible en ocho ocasiones, aún frente a argumentos semejantes a los que finalmente se vieron favorecidos por la sentencia C-700 de 1999. Así, no respetó su propia jurisprudencia y hundió el sistema. Prohibió además la capitalización de intereses para vivienda en otro fallo que mostró su incomprensión sobre el funcionamiento de uno de los más elementales mecanismos de facilitar el financiamiento de largo plazo de cualquier bien, perjudicando en últimas a las personas con ingresos bajos, como está señalado en distintos estudios técnicos que se le presentaron a la Corte y que esta no tuvo en cuenta.” *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

social e institucional colombiano. Sólo así es posible garantizar que, con base en el argumento de que se están defendiendo derechos constitucionales, no se violen normas y principios sobre la división del poder, ni se afecte negativamente el desarrollo económico que, desde esta perspectiva, se presenta como fundamental para la estabilidad social y el bienestar de los ciudadanos. En palabras de Uprimny:

Una sentencia deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre al nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los tribunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación.¹²⁶

Esto no quiere decir que los jueces puedan dejar a un lado el texto, o que puedan proferir decisiones contrarias a las normas contenidas en él para fallar tan sólo a partir de un cálculo estadístico, ignorando así el vínculo que existe entre la justificación de una sentencia judicial y la norma jurídica que la fundamenta, en un sistema jurídico en el que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”¹²⁷ como el colombiano. No obstante, siguiendo a Uprimny, los Magistrados de la Corte sí deben tener en cuenta que sus decisiones tienen consecuencias importantes sobre la organización y el funcionamiento del Estado, de tal forma que por preservar un derecho o un valor, se lleve a la vulneración de otros que también tienen rango constitucional, ya sea directamente, negándole un valor jurídico, ya sea indirectamente generando

¹²⁶ Uprimny, Rodrigo. “Un ejemplo, seis tesis y una metáfora: notas para estimular el diálogo en Colombia entre economistas y juristas sobre la relación entre la justicia constitucional y la economía.” En: *Seminario Corte Constitucional y economía. Op. Cit.*

¹²⁷ Artículo 230 Constitución Nacional.

desbalances fiscales que terminan haciendo al país más pobre y por lo tanto, menos capaz de satisfacer las necesidades de los colombianos a largo plazo.

2. Inseguridad jurídica

En tercer lugar, a la Corte se le critica la inseguridad jurídica que ha generado la fluctuante y, en algunos casos, contradictoria jurisprudencia de la Corte Constitucional, que no sólo perjudica al sistema jurídico dentro de la sociedad colombiana, sino que crea condiciones desfavorables para la estabilidad de la inversión extranjera.

Para estos críticos, las decisiones de la Corte han generado una gran inseguridad jurídica. Esto se manifiesta de dos formas. Por una parte, sus sentencias violan el principio de cosa juzgada, en la medida en que revierten decisiones tomadas legalmente por jueces de la República, o alteran el curso normal de procesos legales, con el argumento de que vulneran o violan derechos fundamentales. Así, la Corte desconoce el debate jurídico que se da en las distintas jurisdicciones, y le resta valor a las normas legales que sustentan estos procesos.

En este sentido, por ejemplo, la Corte ha ordenado la reliquidación de contratos de mutuo por la violación, entre otros, de la buena fe, el orden justo, el debido proceso, o en general por un abuso de la posición dominante, que se da incluso cuando el acreedor está ejerciendo sus facultades legales.

3. Extralimitación del poder de la Corte Constitucional

Por otra parte están los argumentos políticos que acusan a la Corte de tomar decisiones políticas y no jurídicas, que se sustentan en una ideología particular defendida por la mayoría de los magistrados. En este sentido se acusa también a la Corte de invadir el ámbito de acción de las otras dos ramas del poder, Ejecutiva y Legislativa. Esta intromisión parece atentar contra el principio de separación de poderes, que lleva implícito una coordinación entre las tres ramas del poder que la Corte parece desestabilizar. La Corte aparece también como un ente antidemocrático que, aun cuando no es elegido por el pueblo, reemplaza tanto al Congreso como al Ejecutivo en sus funciones.¹²⁸

Estos críticos identifican a dicha Corporación como “el órgano de política económica más importante del país.” En este sentido, consideran que la Corte modifica aspectos cruciales de la legislación,

relativa a la seguridad social, tanto en pensiones como en salud, alterando profundamente el régimen jurídico de la educación, aún de la provista por los particulares y modificando el funcionamiento de los mercados monetario y cambiario. Y, además, desplazando al Emisor en el ejercicio de algunas de sus tareas fundamentales.¹²⁹

¹²⁸ Kalmanovitz, Salomón. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Ed. Norma. Bogotá, 2001.

¹²⁹ Botero, Jorge Humberto. “Una crítica al funcionamiento de la Corte Constitucional”. En: Seminario *Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*. Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad de Los Andes, Facultades de Economía y Derecho. Bogotá, Agosto de 2000. p. 9.

Por su parte, el economista Salomón Kalmanovitz, ha criticado también fuertemente a la Corte por considerar que su impacto sobre la economía no es sólo desfavorable, sino que está fuera de lugar. En su opinión, la Corte evidencia un desconocimiento general del sistema económico y de la actividad bancaria, que no es admisible dado que adopta decisiones que afectan a estos sectores; sus juicios, por lo tanto, surgen de posiciones políticas o valoraciones generales que superan los límites de lo jurídico, sin que tengan para ello la legitimidad representativa propia de un Estado democrático. En este sentido, la Corte también afecta la división del poder, en la medida en que reemplaza al poder legislativo en la toma de decisiones sobre la redistribución de recursos, cuando este es un tema esencialmente político que debe discutirse en el foro público, donde se ponderan los intereses de toda la comunidad y no sólo de los intervinientes en el proceso judicial.

En aras de la concesión de derechos de última generación, se dictan sentencias intrusivas en las áreas de agencias estatales especializadas, imponiéndole regulaciones que desequilibran sus presupuestos - resquebrajando también el balance fiscal de la nación - basadas en una extensión ilógica de las normas abiertas de la constitución que deben ser reguladas por el legislativo.¹³⁰

Como puede deducirse de la jurisprudencia constitucional analizada en este trabajo, la Corte justifica su interpretación de los alcances del Estado social, paradójicamente, a partir del argumento democrático que hace referencia a la primacía de la voluntad popular sobre la voluntad del Estado. En este sentido, la aproximación de la Corte sostiene que el hecho de que el pueblo soberano, a través de sus representantes

¹³⁰ Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones... op. cit.*

constitucionales, haya consagrado ciertos derechos de superior jerarquía e inmediato cumplimiento, en la Constitución (norma que reconoce como superior y, en tanto tal, fundamento de validez del resto del sistema), implica que la prioridad del Estado debe ser la satisfacción de dichos derechos, sin importar su costo económico.

Sin embargo, hay quienes opinan, como Salomón Kalmanovitz, que esta posición de la Corte ha generado consecuencias nefastas en términos económicos, lo que a la larga significa una vulneración de los mismos principios que la Corte se ufana de defender por sobre todas las cosas. En este sentido, la Corte “debe reconocer que existe una restricción presupuestal y debe darse una racionalización en la asignación del gasto, de lo cual deriva una mayor justicia en su distribución.”¹³¹ Carlos Amaya parece compartir esta posición al sostener lo siguiente:

Dado el poder que tiene la Corte para exceder sus propias competencias, es necesario que dicho tribunal valore y evalúe igualmente la disyuntiva entre eficiencia y equidad. No como criterio para fallar en derecho, sino como la manera de prever las posibles consecuencias de sus decisiones en el orden económico.¹³²

Desde esta perspectiva, la única forma en la que la Corte puede evitar las consecuencias negativas de un fallo que se ajusta a la literalidad de la norma, justamente a partir del análisis de todas las posibles consecuencias- tanto positivas como negativas- así como su valoración racional dentro del marco de una economía de mercado pobre como la

¹³¹ Kalmanovitz, op. cit.

¹³² Amaya, Carlos. “Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil.” En: Seminario *Corte Constitucional y economía*. Op.Cit. .

colombiana. Para no caer en el error de fallar conforme a la ley y no a la realidad, o, como alguna vez se publicó en la revista *Semana*:

Como si estuviera en una cabina presurizada, sin contacto con la realidad exterior, sea política, económica o social, tratando de oprimir botones según lo que dice el manual, sin mirar por la ventanilla y percatarse de que el avión va en picada.¹³³

¹³³ “¿Aquí quién manda?” En: Revista *Semana*. 30 de octubre-5 de noviembre de 2000.

Conclusiones

En este trabajo quise mostrar la forma en la que la Corte Constitucional ha entendido el contenido y los alcances del Estado social de Derecho en Colombia, para analizar luego las tensiones que genera la aplicación de esta interpretación en un caso concreto, como el de la regulación de la actividad bancaria.

En este sentido, es posible concluir que la Corte Constitucional enmarca históricamente el modelo del Estado social dentro de una línea, aparentemente evolutiva, que empieza con el Estado liberal, pasa por el Estado de bienestar y finalmente culmina con el Estado social, que se presenta entonces como una superación de los dos modelos anteriores.¹³⁴

Ahora, si bien es fácil pensar en el Estado social como la consecuencia necesaria de un desarrollo conceptual y político, como un tercer modelo institucional que es capaz de recoger lo bueno de sus antecesores y superar sus inconvenientes, lo cierto es que, en el caso de nuestro país, es muy difícil sostener que se haya vivido un período pleno de Estado liberal de derecho, que haya sido superado, primero a través de un Estado de bienestar fallido, y luego a partir de un Estado social. Como lo señala Antonio Barreto, “la descripción lineal elaborada por la Corte sobre las organizaciones sociopolíticas en Colombia (...) no coincide con las particularidades de nuestro calendario histórico, sino

¹³⁴ Corte Constitucional. Sentencia. T-533/92.

más bien con el itinerario de la evolución de sociedades dominantes como la europea y la estadounidense”¹³⁵.

Esta referencia a un desarrollo conceptual y político de lo social ideal, ajeno a la historia local, se encuentra, por ejemplo, en la sentencia T-422/92, en la que la Corte, al explicar los orígenes del Estado social y la transformación de las instituciones liberales que éste conlleva, sostiene lo siguiente:

(...) Signos de la transformación de la igualdad como generalidad abstracta son la irrupción de partidos de "clase" al poder, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal, el traslado de poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, los cuales terminaron por eliminar los supuestos en los que se asentaba el viejo sistema.

Es evidente que, en nuestro país, la transformación del concepto de igualdad formal al de igualdad material no se dio por la acción coordinada de unos partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, que hubiesen diseñado una estrategia para implementar este cambio tan radical en el sistema de principios y valores del sistema jurídico, como representantes de clases oprimidas pero organizadas, que lograron transformar la sociedad con su intervención en el ámbito público. Por el contrario, los países tercermundistas o, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, ‘periféricos y semiperiféricos’ dentro de los que se incluye a Colombia, se han visto “en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un período de

¹³⁵ Barreto, Antonio. “Amparo constitucional de los derechos sociales”. En: *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Universidad de Los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999, p.91.

más de un siglo”¹³⁶, sin que se haya tenido una preparación institucional capaz de implementar estos derechos en la práctica.

Como acertadamente lo señala Barreto, esta suerte de *cortocircuito histórico* ha generado serios traumatismos institucionales, y tiene como consecuencia que no se han logrado consolidar, de manera definida y clara, los modelos sociopolíticos que la Corte enumera en sus sentencias; por el contrario, éstos aparecen en nuestra historia de manera matizada, fragmentaria y diluida¹³⁷, sin que se tenga incluso una certeza sobre sus contenidos o alcances en nuestro país. En palabras de Barreto,

(...) la Corte se deslinda de la realidad colombiana, primero, apelando a una historia propia de los países centrales – el desarrollo paradigmático desde el Estado de derecho hasta el Estado social de derecho – y no demuestra nuestra historia particular, y segundo, ofreciendo términos genéricos – o incluso lugares comunes – de la cultura sociojurídica occidental predominante, v.gr. conceptos como iniciativa privada, economía social de mercado, redistribución de la riqueza, etc., los cuales, por la carga valorativa que revisten, ameritarían una explicación y un esfuerzo intelectual para determinar el sentido que implican en el particular ámbito colombiano, tarea que desafortunadamente no ha sido llevada a cabo por la Corte.¹³⁸

No obstante, es importante aclarar que si bien Barreto tiene razón en señalar lo traumático que ha sido para Colombia la implementación acelerada y, en cierta forma improvisada, de un modelo de Estado distinto, con sus dinámicas y categorías propias,

¹³⁶ Boaventura de Sousa Santos y otros. “Los Tribunales en las sociedades contemporáneas”. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional. Bogotá, 1995, p.21.

¹³⁷ Barreto, *op. cit.* p. 91.

¹³⁸ *Ibidem.* pp.91-92.

su crítica debe matizarse. Primero que todo, porque es importante aclarar que el hecho de hacer referencia al desarrollo de instituciones jurídicas en el ámbito internacional no es *per se* negativa, sino que, por el contrario, es una práctica común y de mucha utilidad para iluminar conceptos oscuros y advertir sobre posibles dificultades en su aplicación; segundo, porque, aunque es cierto que en Colombia el Estado social no se ha desarrollado según el itinerario de los países centrales, tampoco es posible afirmar que en nuestro país no se hayan dado transformaciones importantes desde la promulgación de la Constitución de 1991, independientemente del desarrollo específico que les ha dado la Corte Constitucional.

En Colombia nunca se llegó a configurar un Estado liberal capaz de garantizar al ciudadano la vida, la libertad, la igualdad, el orden y la propiedad privada, tal y como se concibe de manera ideal este modelo en la doctrina y en la jurisprudencia; el modelo liberal desarrollado en Colombia en la Constitución de 1886 – de manera relativa, si se tiene en cuenta su carácter confesional- tampoco ha sido superado por un Estado social eficiente, comprometido con la justicia social y el reconocimiento de los grupos menos favorecidos. No obstante, sí se están sentando las bases para que, con el tiempo, se realicen los cometidos consagrados en la Constitución, y que se relacionan directamente con el carácter social del Estado.

Así, existen razones de peso para afirmar que en nuestro país se han dado transformaciones importantes en el ámbito político, que tienen repercusiones en la forma de regular la sociedad y las relaciones entre los particulares que no pueden ignorarse y que, por el contrario, invitan a los colombianos a comprometerse con la

realización de una sociedad equitativa y libre. El problema puede ser de tiempo; finalmente, en Colombia las categorías del Estado social hasta ahora se están dando a conocer y se están empezando a depurar, en concordancia con las características particulares de nuestra economía, de nuestro sistema jurídico y, en general, de nuestra sociedad. El Estado social es, hoy en día, una realidad que no puede seguirse ignorando; por el contrario, es una realidad que exige un esfuerzo por entender sus categorías y por contribuir, en lo posible, para que la adaptación de sus principios a las dinámicas de nuestra sociedad no genere traumatismos innecesarios o consecuencias que resulten peores que las que busca remediar.

No en vano, figuras como la de la Corte Constitucional, la jurisdicción constitucional, el concepto de igualdad material, el valor normativo de la Constitución, la ampliación de los fines del Estado y el deber de solidaridad que rige las relaciones privadas, entre otros muchos cambios introducidos por la Constitución de 1991, sólo llevan catorce años en nuestro país. Como lo señala Clara López,

No debe sorprender entonces las diferencias de opinión que suscita la teoría de interpretación que viene desarrollando la Corte Constitucional, ni la sistemática resistencia al cambio frente a las costumbres, experiencias y prácticas desarrolladas durante el siglo largo de vigencia del anterior ordenamiento constitucional.¹³⁹

Si bien catorce años puede parecer un tiempo suficiente para tener mayor claridad sobre los alcances de la cláusula social en nuestro ordenamiento, lo cierto es que, desafortunadamente, el desarrollo y la implementación de las instituciones jurídicas, así

¹³⁹ López, Clara. *op. cit.* p.25.

como su adaptación al contexto que buscan regular, tarda generalmente décadas, cuando no siglos, más aún si en esta labor no se comprometen todos los sectores de la sociedad, sino que se le deja exclusivamente a una Corporación judicial como la Corte Constitucional determinar los alcances de esta transformación.

En este sentido, tal vez el problema no sea que la Corte no haya hecho un esfuerzo intelectual por determinar el sentido que implican las instituciones del Estado social en el contexto colombiano; el problema es que se la ha dejado sola en esta labor, y por lo tanto lo ha hecho a partir de un texto constitucional sumamente generoso, pleno de principios y valores de diversa determinación, y con los argumentos limitados que tiene un jurista que, al dedicarse a derecho constitucional, se ve obligado a fallar respecto a todo tipo de temas, sin conocer a fondo sus dinámicas.

Así, las decisiones se toman, las más de las veces, sin los argumentos técnicos que permiten tomar una decisión realmente justa, en el sentido de estar no sólo guiada por argumentos políticamente correctos o motivados por sentimientos de piedad que sería inhumano no aceptar, sino por un balance equilibrado de todos los factores que tienen una incidencia o que pueden verse afectados por la solución dada al conflicto constitucional.

El Estado social, y su tendencia a favorecer a los más débiles, no tienen una sola forma de realizarse en la práctica. Si bien es cierto que las dinámicas del mercado de capitales y su tendencia a la concentración de recursos en las manos de unos pocos se ha presentado, desde la Revolución Industrial, como un obstáculo para la distribución

equitativa de los recursos sociales, éste argumento debe matizarse al fallar controversias entre instituciones financieras y sus usuarios dentro del marco de la jurisdicción constitucional, pues es importante recordar que la actividad bancaria ha evolucionado desde el siglo XIX y tiene, hoy en día, una función social muy importante, en la medida en que administra los recursos del público. Por lo tanto, es una actividad que requiere de reglas claras que reconozcan adecuadamente sus intereses, sin que esto se presente como un obstáculo para alcanzar los fines del Estado social, sin duda todos deseables.

Sin embargo, no es suficiente sostener que a la Corte le hacen falta argumentos técnicos al momento de fallar, para criticar los alcances que le ha dado al Estado social en Colombia, porque lo cierto es que esta Corporación no es la única que tiene la obligación de realizar el Estado social; esta es una labor de todos los colombianos y, en especial, de aquellos sectores que sienten vulnerados sus derechos con la introducción de este modelo político. Ahora, la forma correcta de defender estos intereses no es la que insisten en adoptar las entidades financieras, consistente en recurrir a argumentos de tipo legal que, si bien prevén situaciones de tipo general, no son suficientes para enfrentar los retos que impone un Estado social.

Así, las entidades financieras y los demás sectores que sienten o ven vulnerados sus intereses legítimos con la introducción de este modelo, deben abandonar los argumentos legalistas con base en los que están acostumbrados a defender sus intereses, para pasar a conocer y explorar las posibilidades argumentativas de la jurisdicción constitucional, pues ésta es, hoy en día, central en la regulación de las relaciones entre las entidades

financieras y sus usuarios. Sólo así será posible que la implementación del Estado social se haga respetando los intereses legítimos de todos los ciudadanos a partir del análisis de todas las variables en juego, no sólo a las que tiene acceso la Corte Constitucional.

Bibliografía

Sentencias de la Corte Constitucional

Sentencia T-422/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-443/92, M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-533/92. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-570/92. M.P. Jaime Sanin.

Sentencia. C-479/92. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-575/92. M.P. Alejandro Martínez.

Sentencia C-587/92. M.P. Ciro Angarita.

Sentencia T-022/93. M.P. Ciro Angarita

Sentencia T-441/93. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-531/93. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia C-265/94. M.P. Alejandro Martínez

Sentencia. T-005/95. M.P. Eduardo Cifuentes.

Sentencia T-183/96 M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia. C-022/96. M.P. Carlos Gaviria.

Sentencia C-263/96. M.P. Antonio Barrera

Sentencia T-602/98 M.P. Carlos Gaviria

Sentencia SU-157/99 M.P. Alejandro Martínez.

Sentencia C-041/00 M.P. José Gregorio Hernández

Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda

Sentencia. T-520/03 M.P. Rodrigo Escobar

Sentencia T-587/03 M.P. Marco Gerardo Monroy .

Sentencia T-064/04. M.P. Hernando Herrera.

Sentencia. T-170/05. M.P. Jaime Córdoba.

Sentencia. T-119/05. M.P. Jaime Córdoba.

Sentencia. T-676/05 M.P. Humberto Sierra.

Sentencia T-763/05. M.P. Marco Gerardo Monroy .

Libros

Abbagano, Nicola. *Diccionario filosófico*. F.C.E. México, 1964.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta. Madrid, 2002.

Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, 1992.

Esping-Andersen, Gosta. *Three worlds of welfare capitalism*. Princeton University Press, 1993.

Forsthoff, Ernst y otros. *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986.

García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Ed. Alianza. Madrid, 1995

Gargarella, Roberto. (Comp). *Derecho y grupos desventajados*. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999.

Holguín Mora, Tomás y Torres Holguín, Paula. (Comps.) *Carlos Holguín Holguín. Escritos (1919-1998)*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

Kalmanovitz, Salomón. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Ed. Norma. Bogotá, 2001.

Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Ed. Paidós. Barcelona, 1996

León, Pierre. *Historia económica y social del mundo*. Ediciones Encuentro. Madrid, 1978

López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Ediciones Uniandes, Editorial Legis. Bogotá. 2000.

López Obregón, Clara. *Economía de los derechos*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Biblioteca jurídica Dike. Bogotá, 2005.

Molina, Gerardo. *Breviario de ideas políticas*. Ediciones Tercer Mundo.

Moliner, María. *Diccionario de uso del español*. Ed. Gredos. Madrid.1989.

Morales, John Jairo. *Derecho económico constitucional*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002

Pedersen, Susan. *Family, dependence, and the origins of the Welfare State*. Cambridge University Press. NY, 1993

Pérez-Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998.

Rawls, John. *Teoría de la justicia*. FCE. México, 1997.

Sabine, George. *Historia de la teoría política*. FCE. México, 1998.

Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. F.C.E. México, 1993

Williamson, D.G. *The Third Reich*. Longman Seminar Studies in History. New York, 1996

Artículos académicos

Memorias del seminario *Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*. Banco Interamericano de Desarrollo, Universidad de Los Andes, Facultades de Economía y Derecho. Bogotá, Agosto de 2000.

Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”. En: *Pensamiento Jurídico No. 8*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional. Bogotá, 1997.

Barreto, Antonio. “Amparo constitucional de los derechos sociales”. En: *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*. Universidad de Los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999

Boaventura de Sousa Santos y otros. “Los Tribunales en las sociedades contemporáneas”. *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional. Bogotá, 1995

Berlin, “John Stuart Mill y los fines de la vida” En: *Four essays on liberty*. Oxford University Press. 1984.

Fraser, Nancy. “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. En: *Justicia social*. Estudios Ocasionales CIJUS. Universidad de los Andes. Bogotá, Noviembre 1997.

Osuna, Nestor Iván. “Los derechos fundamentales en sede judicial.” En: *Derecho público, filosofía y sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 1996

Salgar, Luis Jaime. “El costo de los derechos sociales”. En: *Precedente Anuario Jurídico*. Universidad ICESI. Cali, 2002

Artículos de prensa

Mejía, Andrés. “John Stuart Mill y los límites al poder” En: *Ámbito Jurídico* No. 135. Bogotá. 18 al 31 de agosto de 2003,

Kalmanovitz, Salomón. “El modelo antiliberal colombiano”. En: www.semana.com

“¿Aquí quién manda?” En: *Revista Semana*. 30 de octubre-5 de noviembre de 2000.