

1. Derecho Público, Estado y Poder

*Ernesto Pinilla Campos**

Estado Social de Derecho y debido proceso sustantivo integral su viabilidad jurídico-política**

Fecha de Recepción: 02 de Diciembre 2009

Fecha de aprobación: 8 de Enero 2010

RESUMEN

Se aspira a dar respuesta a este interrogante: ¿ha sido viable el *debido proceso sustantivo integral* desde que se expidió la Carta Política de 1991? Con este fin se hará un breve reflexión histórica que ilustre las tendencias culturales hacia el legalismo, y luego se confrontará la Fórmula Política, Estado Social de Derecho, en relación con: (i) los *"...fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"*, y (ii) el país real en su dinámica concreta, para lo cual se recurrirá a la jurisprudencia, en casos muy específicos que, por su dimensión e importancia, exigen del juez Constitucional la confrontación de la realidad colombiana con los derechos fundamentales.

Palabras claves: legalismo, *juridicidad*, eficacia, racionalidad, formalismo, *inescindibilidad*, debido proceso sustantivo integral.

ABSTRACT

This essay aims to answer the following question: has the idea of *substantive and integral due process* been viable since the issuing of the 1991 Colombian Constitution? To this end, it will present a historical reflection that illustrates the cultural trends towards *legalism*. It then will address the Political Formula: Social State of Law in relation to: (i) the *"...essential goals of the State:to guarantee the effectiveness of the principles, rights and duties upheld by the Constitution"*, and (ii) the actual country in its concrete dynamics, through the use of constitutional jurisprudence in very specific cases that, due to their dimension and importance, require the constitutional judge to confront the Colombian reality with fundamental rights.

Key-words: legalism, *legality*, effectiveness, rationality, formalism, *indivisibility*, *substantive and integral due process*.

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

** Este breve ensayo, con algunas mínimas modificaciones, corresponde a la segunda parte del escrito presentado para el ascenso a profesor asociado.

INTRODUCCIÓN

Dos colombianos de innegable autoridad intelectual, Gabriel García Márquez y Rodolfo Llinás, coautores, entre otros, del informe de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo¹, han hecho, en el referido documento, la síntesis de la situación colombiana y han contribuido a diseñar una carta de navegación para el siglo XXI. García Márquez piensa que “somos dos países a la vez: uno en el papel y otro en la realidad” y precisa, con relación a estas reflexiones sobre el derecho y la sociedad:

En cada uno de nosotros cohabitan, de la manera más arbitraria, la justicia y la impunidad; somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto en el alma un leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo (...) Tal vez estemos pervertidos por un sistema que nos incita a vivir como ricos mientras el cuarenta por ciento de la población malvive en la miseria, y nos ha fomentado una noción instantánea y resbaladiza de la felicidad: queremos siempre un poco más de lo que ya tenemos, más y más de lo que parecía imposible, mucho más de lo que cabe dentro de la ley, y lo conseguimos como sea: aun contra la ley.

El gran escritor, seguramente como a todos nos sucede, no puede dejar de ser inconscientemente optimista, y después de haber diagnosticado nuestra absurda y dolorosa realidad, a solo dos años de vigencia de la Constitución Política de 1991, pronostica: “Creemos que las condiciones están dadas como nunca para el cambio social, y que la educación será su órgano maestro”².

El científico Rodolfo Llinás, por su parte, centra sus reflexiones en la necesidad de modernizar la educación, el avance científico y tecnológico y la capacidad para el crecimiento económico, siendo plenamente consciente de “las carencias de capital humano capacitado”, y precisa que “Colombia reconoce por fin la crisis en que se encuentra su sistema de ciencia, tecnología y educación”. Igualmente observa, aparte de las notorias limitaciones en el número de personas dedicadas a la ciencia, sobre la escasa producción de artículos científicos producidos en países como el nuestro. Mientras en los países industrializados se produce 1 por cada 10 millones de dólares del PIB por año, en Colombia, proporcionalmente, el número de publicaciones de alto nivel debería estar en el orden de las 5.000, para contribuir al avance científico, sin embargo el número que actualmente se produce, concluye Llinás, es probablemente dos órdenes inferior, y respalda sus reflexiones precisando: “Actualmente los científicos colombianos sólo publican el 1% de los artículos científicos producidos en América Latina”. Recuérdese, como ya lo habíamos indicado, que sólo el 1% de los científicos del mundo es latinoamericano y de dicho porcentaje, a su vez, sólo

¹ Informe conjunto de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo. Colombia al Filo de la Oportunidad, Colección Mesa Redonda Bogotá, 1998.

² Ibíd. pp. 21-22.

el 1% es colombiano, y que para 1994, fecha del informe, deberíamos ya contar con 36.000 científicos e ingenieros, según los estudios del citado investigador. Además, otorga especial importancia a los asuntos tecnológicos, por considerar que tienen una relación más directa con “el carácter específico de este país” teniendo en cuenta los recursos agrícolas, mineros y marítimos que posee, y agrega: “A éstos se suma la mega-biodiversidad de Colombia –lo que significa que es el mayor banco genético del mundo– que es potencialmente la base de la industria de la biotecnología y la biología molecular”³.

En síntesis, la educación –inconforme y reflexiva–, el desarrollo científico y tecnológico son necesidades inaplazables si se pretende la transformación social.

La misión de Ciencia, Educación y Desarrollo rindió su informe en julio de 1994 al presidente César Gaviria, es decir, en pleno período de euforia del Estado Social de Derecho, cuya máxima expresión jurídica en sus comienzos había sido la sentencia T-406 de 1992, típica expresión romántica –en su acepción de “sentimental, generoso y soñador”–, y la circunstancia de mayor expectativa política la revocatoria del congreso. Del informe se infiere, sin discusión, que existía plena conciencia de las inmensas, notorias y sustanciales limitaciones del país en el campo científico, tecnológico y educativo con evidentes consecuencias en el desarrollo económico. Si comparamos las actas de la Asamblea Constitucional, que dio origen a la Carta Política de 1991, con el informe de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo, es evidente que estábamos incurriendo, una vez más, en el culto a los dos países que percibe en nuestra historia el lúcido escritor: el de los soñadores “uno en el papel” y el del cuarenta por ciento de la población que malvive en la miseria, es decir, el “otro en la realidad”.

Procurando no aislar las realidades concretas del país de las fuentes formales del derecho, nos proponemos dar respuesta a este interrogante: ¿ha sido viable el *debido proceso sustantivo integral* desde que se expidió la Carta Política de 1991? Con este propósito se irá confrontando la Fórmula Política, que inequívocamente emana del artículo 1^a de la C.P., en relación con: (i) el perentorio mandato que fluye del artículo 2^o al precisar que “*Son fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”, es decir, que el Estado se compromete a materializar los principios constitucionales poniendo en juego su propia legitimidad en términos de eficiencia y eficacia, y (ii) el país real en su dinámica concreta, para lo cual se recurrirá a la jurisprudencia, en casos muy específicos que, por su dimensión e importancia, exigen del juez Constitucional la confrontación de la realidad colombiana con los derechos fundamentales consagrados en el capítulo I de la norma superior.

Del diagnóstico de la Misión, antes citada, se infieren dos puntos claramente pertinentes para el propósito de este ensayo: 1. La caracterización que históricamente se ha hecho de nuestra sociedad y las relaciones de ésta con el derecho, hoy con plena vigencia, en cuanto haber sido “fanáticos del legalismo”, para tomar las palabras textuales del excepcional escritor y, además, haber logrado burilar una cultura jurídica que ha permitido la cohabitación arbitraria de justicia e impunidad. 2. Sin avance científico y tecnológico no se logra el crecimiento económico sostenido y, en consecuencia, no

³ Ibid., pp. 36 y 43.

sería viable la efectividad de los derechos fundamentales en los términos del artículo 2º de la C. P.

Como se verá, esta caracterización no es ajena a las reflexiones jurídicas que nos ocupan. Por el contrario, *la concepción legalista* del orden jurídico es una de las causas de mayor incidencia, y que mejor explica, no sólo las profundas huellas culturales que limitan la posibilidad del debido proceso, sino, de igual manera, las frustrantes relaciones entre los comportamientos sociales y los postulados de la juridicidad. Y, en lo atinente al proceso de modernización en el campo de la ciencia y la tecnología, como condición del crecimiento económico, el informe de los sabios coincide plenamente con uno de los presupuestos que habíamos mencionado⁴ para que sea viable el Estado Social, es decir, “un avanzado nivel de cultura científica que garantice el desarrollo material de la sociedad con alto grado de autonomía”.

Debido proceso sustantivo integral⁵

Hemos planteado con anterioridad que

Podría decirse que un Estado Social de Derecho no es la formulación de un deber ser, sino, por el contrario, la formalización jurídica de un prolongado proceso histórico-cultural cuyo resultado es un ser social que ha interiorizado valores y principios mínimos esenciales de convivencia y cuyo desarrollo material ha logrado construir las condiciones necesarias para satisfacer las demandas básicas de una nación. Un Estado Social concebido en los términos del artículo primero constitucional, para ser viable requiere por lo menos de estos pilares esenciales: (1) un avanzado nivel de cultura científica que garantice el desarrollo material de la sociedad con alto grado de autonomía

⁴ Me remito a la primera parte de este ensayo, publicado en Pinilla, Campos Ernesto, “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?”, en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1992.

⁵ De vital importancia resulta el entendimiento, la polémica y el desarrollo histórico del concepto “proceso debido en derecho”. Christopher Wolfe, por ejemplo, comenta sobre este particular: “La interpretación más limitada sería que una persona tiene derecho al proceso que le corresponde según la ley. Lo que se le debe a una persona es el proceso legal que especifica la ley (derecho común y leyes). La interpretación más amplia sería que la persona tiene derecho a un procedimiento legal justo o adecuado, es decir, lo que sea necesario para garantizar la equidad, como cuestión de derecho natural o ley natural. Esta interpretación, a diferencia de la más limitada, supondría una restricción importante para el cuerpo legislativo, así como para el poder ejecutivo y el poder judicial”. Luego, al explicar la evolución de la jurisprudencia constitucional, hace estas precisiones: “El proceso debido sustantivo era un fenómeno bastante diferente. Consistía en la doctrina de que los gobiernos no podían privar arbitrariamente a las personas de la vida, la libertad o la propiedad. Dado que existe una abundante legislación que de uno u otro modo priva a las personas de libertad o de propiedad, la cuestión principal es qué constituye una privación “arbitraria... El Tribunal definió lo que era arbitrario sobre una base de zona por zona y caso por caso. Muchas de sus opiniones reflejan una filosofía política definida: capitalismo de laissez-faire o “liberalismo de Manchester”... “Sin embargo, la diferencia entre el proceso debido económico y los primeros tribunales no es únicamente de grado: la magnitud del empleo de la revisión judicial. La diferencia es mucho más profunda: una diferencia de clase. Lo que ocurrió fue un desplazamiento del poder judicial al legislativo”. Wolfe, Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, Ed. Civitas S.A., pp. 184, 213 y 214.

y (2) que la relación sociedad-derecho esté enriquecida históricamente por la experiencia de gobernantes y gobernados de haber vivido el clásico Estado de Derecho en sus manifestaciones esenciales: expresión libre de la voluntad popular (en un contexto de condiciones culturales que así la garanticen), (b) principio de legalidad, (c) división de poderes y (d) control de constitucionalidad⁶.

Los dos pilares esenciales a que se ha hecho alusión, deben ser concebidos en el ámbito jurídico del Estado Social de Derecho, como unidad no escindible, idea que conduce a lo que en este contexto se denominará el *debido proceso sustantivo integral* (DPSI), principio que comprende desde la dinámica social que va construyendo el consenso para los momentos constituyentes hasta la correcta notificación de una sencilla demanda. Cada uno de estos actos está regulado por valores y principios como: un orden político, económico y social justo, la plenitud de las formas propias de cada juicio, prevalencia del derecho sustancial, efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la igualdad real y efectiva, toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, etc. El debido proceso, en los términos indicados, tiene un sólido respaldo normativo en la C.P. de 1991, entre otros, en el preámbulo y en los artículos 1º, 2º, 29, 25, 40, 53, 58, 86, 125, 150, 209, 228, 229, 241, 246, 258, 374, todos los cuales son expresión de la Fórmula Política del Estado Social de Derecho. Si se toman en serio los postulados constitucionales, y se interpretan sistemáticamente, el DPSI tiende a convertirse en un fenómeno jurídico radicalmente absorbente que no permite la separabilidad, por ejemplo, entre derecho sustantivo y derecho procesal, entre función social de la propiedad y antijuridicidad en los delitos contra el patrimonio económico, entre estabilidad en el empleo y despido sin justa causa, o entre democracia participativa y derechos de las minorías⁷.

Entendemos que el debido proceso sustantivo integral podría concebirse y caracterizarse así:

- (1) El conjunto de instancias (procesales), propias de la sociedad democrática, para la formación de consensos que permitan auscultar, en lo esencial, las aspiraciones y demandas de los ciudadanos, lo cual significa que, tanto para los momentos constituyentes –que dan origen a la Carta Política– como para aquellos otros mediante los cuales se consulta la opinión pública, es indispensable la existencia de reglas procesales que garanticen la expresión libre y verazmente informada de la voluntad popular y, una vez obtenido lo anterior, como resultado final concreto, que dichos procedimientos demuestren su eficacia y eficiencia haciendo realidad la justicia material.

⁶ Pinilla, Campos Ernesto, “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?”, en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1992.

⁷ Algunas obras que ilustran sobre el particular son: Hart, Ely John, *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre y Universidad de Los Andes, Bogotá. Araujo Estévez, José A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Ed. Trotta, Madrid, 1994. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente capítulo noveno, III Derechos a organización y procedimiento” y, Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, ver capítulo VII “Política deliberativa: Un concepto procedimental de democracia”.

(2) Desde una óptica puramente formal es necesario que la Constitución Política exprese con precisión y claridad los principios y valores que deben nutrir la totalidad del sistema normativo. La dinámica de los mismos conflictos sociales deberá ser entendida como la esencia del ser social con posibilidad concreta de ir penetrando el derecho en su expresión formal-normativa, y luego en su interpretación y aplicación. Es lo que podría denominarse el principio de congruencia normativa entre el ser social y del deber ser⁸. Lo antes dicho, necesariamente ha de conducir, por ejemplo, a que el clásico proceso judicial adquiera su propia dinámica de integralidad. Es indispensable que el sistema jurídico, a que se ha hecho alusión, haya sido pensado y elaborado para que permanentemente esté construyendo su propia consistencia y completitud y, por lo tanto, logre conformar unidad y congruencia entre: (i) las normas procesales y las sustantivas y (ii) entre la normatividad estrictamente legal y los postulados constitucionales, a fin de que todo momento procesal sea un momento sustantivo, es decir, por ejemplo, que el juez como director del proceso, intervenga de manera lo suficientemente acuciosa y activa que en cada instante del discurrir de un juicio se esté realizando un control formal y material sobre las pretensiones y excepciones de demandantes y demandados. Esta dinámica deberá conducir al debido proceso sustancial y, por consiguiente, al logro de la justicia material, entendida en los estrictos términos que fluyan de los valores y principios de la Constitución, y no como un devenir caprichoso, y con frecuencia arbitrario, de la discrecionalidad judicial.

(3) El control constitucional, tanto formal como sustancial, exige precisas reglas de procedimiento que garanticen la realización plena del derecho fundamental a la integridad de la Constitución⁹ y, en consecuencia, los reglamentos del Tribunal Constitucional deberán estar concebidos dentro del marco de la democracia participativa, para que sus decisiones fluyan como auténtica expresión de las necesidades sociales. Se logrará así una razonable justificación al origen no democrático de los Tribunales constitucionales.

(4) Se requiere un equilibrio en el binomio: enunciados normativos de la Carta fundamental y la estructura económica, política y cultural de la sociedad, ya que, sólo así, se hace viable la existencia real de un Estado democrático y pluralista, eficiente y eficaz, todo lo cual conduce al logro de dos conquistas indispensables: la estabilidad del régimen político y, en igual medida, la conquista de mayores niveles de legitimidad. Cuando la fórmula política que expresamente consagra la Constitución es la de un Estado Social de Derecho participativo y democrático —como sería el caso colombiano—, no debe aceptarse dubitación alguna, en cuanto

⁸ Los derechos procedimentales, explica Alexy, pueden ser tanto derechos al establecimiento de determinadas normas procedimentales cuanto derechos a una determinada “interpretación y aplicación concreta” de normas procedimentales. De esto último se trata en las numerosas decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de ejecución forzosa, cuyo tema es la interpretación acorde con la Constitución de normas procedimentales. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

⁹ La Corte Constitucional hizo importantes precisiones sobre el tema en sentencia T-406 de 1992.

que, de no existir el equilibrio en el binomio enunciado, no habrá posibilidad de realización de dicho proyecto jurídico político.

Entendido el *debido proceso sustantivo integral* en los términos antes indicados, el análisis se concretará en dos puntos fundamentales: (1) Una breve referencia histórica que nos permita entender nuestra marcada tendencia cultural hacia el legalismo¹⁰ —que no hacia la juridicidad— y, por tanto, a rendir estratégico culto formal a la ley —con todas sus variables—, en lugar de transformar las realidades sociales y económicas. Esta tendencia será uno de los obstáculos más significativos para la realización del *DPSI*. (2) Se estudiarán algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional con el fin de confrontar el orden jurídico con la realidad concreta de la sociedad colombiana, dentro de la cual surgen los hechos que originan los pronunciamientos jurisprudenciales y las circunstancias jurídicas y materiales de las cuales depende su cumplimiento, es decir, se pretende establecer, si en sociedades como la nuestra, es viable el debido proceso sustantivo integral como componente inescindible del Estado Social de Derecho.

Legalismo y juridicidad

La coyuntura revolucionaria de la emancipación de la corona española permitió que manaran, con alto y significativo grado de espontaneidad, agudas críticas por parte de los criollos que finalmente nos conducen a identificar algunos de los puntos más problemáticos de nuestra “tradición jurídico-cultural” y su incidencia en la concepción político-administrativa. Aquellas críticas estaban sustancialmente orientadas a denunciar los vicios y las arbitrariedades precisamente en el ámbito político-administrativo, y podrían resumirse así: despotismo, arbitrariedad, tráfico de influencias, excesivo legalismo y evidentes grietas en puntos neurálgicos de la libertad de pensamiento¹¹. Aquellas fuentes materiales fueron burilando durante tres siglos profundas huellas geológicas que nutrieron con instituciones extrañas a nuestros contextos político-sociales, y que podrían explicar nuestra precaria legitimidad. Esas fuentes materiales, auscultadas por el pensamiento de Bolívar, le harían decir al libertador (i) que jamás nación del mundo había experimentado el ignominioso pupilaje de tres siglos “pasados en absoluta abstracción; privada del comercio del universo, de la contemplación política y sumergida en un caos de tinieblas”¹², e igualmente le permitirían pensar que (ii) “el hábito de la obediencia, sin examen había entorpecido de tal manera nuestro espíritu, que no era posible descubriésemos la verdad, ni encontrásemos el bien. Ceder a la fuerza fue siempre nuestro deber, como el crimen mayor buscar la justicia y conocer los derechos de la naturaleza y de los hombres”¹³ y (iii) en el Congreso de Angostura advirtió que todo lo habíamos recibido de España y se nos había privado del conocimiento de la actividad pública, “lo diré

¹⁰ El término “legalismo” tiene, en el contexto de este escrito, una connotación muy particular que irá fluyendo de las reflexiones que se exponen en este aparte. Las citas de Bolívar, García Márquez, Antonio García y José María Samper, por ejemplo, irán orientando la interpretación cultural del “legalismo”.

¹¹ Una obra muy bien documentada sobre el tema es la de Ocampo López, Javier, *Proceso Ideológico de la Emancipación en Colombia*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1980, p. 118 y ss.

¹² Discurso en Santa Fe de Bogotá, enero 23 de 1815, cita tomada de Javier Ocampo López, op. cit., p. 121.

¹³ *Ibíd.*, p. 122.

de una vez estábamos abstraídos, ausentes del universo en cuanto era relativo a la ciencia del gobierno (...) Un pueblo ignorante es un instrumento ciego de su propia destrucción, la ambición, la intriga, abusan de la credulidad y de la inexperiencia, de hombres ajenos de todo conocimiento político, económico o civil; adoptan como realidades las que son puras ilusiones; (...) ¹⁴. La deficiencia en la administración de las colonias parece haber sido una de las causas de mayor fuerza en las críticas que fluyeron en la coyuntura revolucionaria contra España, deficiencias que seguramente se convirtieron en un nefasto precedente en la organización político-administrativa de las nuevas repúblicas. Algunos orientan estas críticas advirtiéndole que aquellos burócratas desconocían la economía y la política y, por consiguiente, la buena administración, “La mayor parte ha sido escogida de entre la gente de guerra, que, acostumbrados a un espíritu militar, oyen con desdén los proyectos de mejora y adelantamiento de los pueblos, a quienes tratan frecuentemente con la misma dureza que a un cuerpo de tropa” ¹⁵. La venta de los empleos públicos a partir del siglo XVII constituyó otro antecedente con obvia incidencia en la gestión administrativa y en la racionalización de ésta: “La burocracia provincial y local compró los cargos públicos y en buena parte los consideró como un negocio, una propiedad patrimonial, una fuente de ingresos y en general un reducto de privilegios” ¹⁶. En muy diversas fuentes documentales se expresa el notable malestar por el tipo de funcionarios venidos de España con el único propósito de enriquecerse sin preocupación por los problemas esenciales de estos pueblos. Bastaría recordar el Memorial de agravios de Camilo Torres o recurrir a la Reflexiones de un americano imparcial ¹⁷.

Un aspecto de particular relevancia es, sin duda, el llamado legalismo, que se constituyó en otro de los precedentes históricos de mayor crítica en el proceso de emancipación, y que parece haber logrado penetrar profundamente nuestras costumbres legislativas, judiciales y administrativas. Don Ignacio de Herrera, según cita de Javier Ocampo, hace observaciones pertinentes a la proliferación legislativa, irracionalidad procesal, incongruencia del orden jurídico, corrupción judicial... es decir, a una subcultura que nadie puede ignorar cuando pretende construir nuevos proyectos jurídico-políticos. “Lo primero que se me presenta a la vista es el Cuerpo Legislativo: Tal vez no hay otra nación en todo el mundo que tenga tantos, y tan contrarios en sí mismo”, “Aquí se establece una cosa: y allá se destruye. En una parte se resucitan los antiguos preceptos y en otra se revocan...” ¹⁸.

En mi estudio he visto pleitos de doce y veinte años. Las partes se hostigan al fin con las demoras, se arruinan con los crecidos gastos de papel sellado, procuradores, receptores y abogados (...) no es repugnante a una razón ilustrada, que el hombre sacrifique su sosiego, sus intereses y el tiempo para conseguir la declaratoria de justicia? (...) Los tribunales, bien lejos de cortar las discordias, las fomentan con las dilaciones que conceden ¹⁹.

¹⁴ Discurso en el Congreso de Angostura en Bolívar, Simón, “Discurso en el Congreso de Angostura”, en *Discursos, Proclamas y Epistolario Político*, Editora Nacional, Madrid, p. 220.

¹⁵ Ocampo López, Javier, op. cit., p. 130.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 132.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 134 y ss.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 136.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 137-8.

Las autorizadas palabras de Bolívar sintetizan esta perniciosa tendencia, cuando se asombraba con el cúmulo de instituciones y de leyes que “me han aturrido de tal modo, que llego a temer la verificación de nuestro proyecto de unión”²⁰.

JOSÉ MARÍA SAMPER, personalidad liberal de las más sobresalientes del siglo antepasado y constituyente en 1886, hizo cuidadosas reflexiones sobre los tropiezos, inconsistencias y desatinos en lo atinente a la cultura jurídica. Consideraba, como muchos otros, que en Colombia la legislación es “un caos en que lo vetusto se confunde con lo moderno para producir inextricables discordancias”, y recordaba cómo los gobiernos hispano-colombianos “han descuidado deplorablemente un objeto de primera importancia: la codificación metódica de la legislación en todos sus ramos” y deploraba “la servil manía de imitar las instituciones de Francia y España, inadecuadas cuando no defectuosas. Es urgente que cada república emprenda la completa codificación de sus leyes, tanto más cuanto al caos de la legislación colonial se ha agregado el de la legislación intemperante y desordenada del período republicano”²¹. En su obra, *Historia de un alma*, que constituye uno de los escritos que con mejor acierto sintetizan la historia patria del siglo XIX, pensaba que aproximadamente hasta principios de 1880 nuestra pobre República ha sido gobernada “con justicia o violencia por las pasiones de partido. Pero, tiranía por tiranía, paréceme más odiosa, por su hipocresía o su cinismo –que los extremos se tocan– aquella que se ejerce en nombre de la libertad e invocando las doctrinas más aparentemente favorables al derecho”²².

El profesor de derecho constitucional, A. López Michelsen, hace ya más de 60 años que escribió –en su *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*–, bien documentadas reflexiones históricas orientadas a explicar las profundas diferencias entre los precedentes económicos y culturales de la colonización e independencia de América Latina, en contraste con la correspondiente experiencia en Inglaterra y los Estados Unidos, análisis, hoy obvio, que permite comprender las relaciones de contradicción entre nuestras fuentes materiales y los proyectos jurídico-políticos plasmados en normas de la Carta Política. La colonización de los Estados Unidos y la formación de la riqueza privada en Inglaterra “fue el producto de la iniciativa individual, la resultante del esfuerzo tesorero y anárquico de la burguesía puritana bajo la égida del liberalismo político. Entre nosotros, en cambio, el único creador de riqueza, y el único colonizador fue el Estado”²³. Muy diferente entonces fue lo acaecido en América Latina. La relación “interés público y capital privado” tiene antecedentes y prácticas diametralmente opuestas. Piensa, el citado profesor y politólogo, que en la Inglaterra de aquél entonces, riqueza privada e intervención del Estado “eran términos casi irreconciliables” desde la revolución contra los Estuardos, y que muy por el

²⁰ La cita completa es como sigue: “Nada de aumentos, nada de reformas quijotescas que se llaman liberales; marchamos a la antigua española, lentamente y viendo primero lo que hacemos. El cúmulo de instituciones y de leyes que he encontrado en Colombia me ha aturrido de tal modo, que llego a temer la verificación de nuestro proyecto de unión. Esto de se ha descompuesto mucho con esos malditos congresos de tontos pedantes”. *Ibid.*, p. 137.

²¹ Samper, Samper, José María, “Ensayo Sobre las Revoluciones Políticas”, en *Ideas en Torno de Latinoamérica*, volumen II, UNAM, México, 1986, p. 1016.

²² Samper, José María, *Historia de un Alma*, Ed. Bedut, p. 108.

²³ López Michel, Alfonso, *Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia*, Usta, Bogotá, 1983, p. 7.

contrario, entre nosotros, “nada se hizo ni se creó sin la intervención del Estado”. Esta observación, por evidente que parezca, debe siempre recordarse, por cuanto su olvido conduce a hacer diagnósticos equivocados sobre nuestro discurrir institucional.

Las fortunas privadas acumuladas durante la Colonia, y más aún en nuestro tiempo, lejos de ser producto del esfuerzo individual, como suele afirmarse, son el fruto del aprovechamiento inteligente de la orientación económica del Estado. El verdadero creador de riqueza en nuestros países ha sido el Estado. Cuando se habla de hombres de trabajo, creadores de riqueza y capitanes de industria, ante quienes el Estado debe inclinarse, no se hace sino un simple juego de palabras. Las fortunas privadas siempre han tenido como origen remoto las medidas económicas de los gobiernos a favor de los intereses generales, pero con provecho para unos pocos afortunados²⁴.

Se percibe, en las palabras del ex presidente, otro de los grandes contrastes de nuestra supuesta tradición jurídica: las precarias condiciones existentes para una aproximación razonable al concepto jurídico de interés general, tan importante, en el ámbito del Derecho público, como determinante cuando avocamos la difícil problemática como es, por ejemplo, la colisión de principios constitucionales, fenómeno de interpretación jurídica tan frecuente en la sociedad moderna por los múltiples intereses que inevitablemente confluyen en todo conflicto²⁵.

Para José María Samper un aspecto de especial importancia en la colonización del Norte de América fue el hecho de que los puritanos estaban asistidos por un sentimiento de libertad y deseaban ir a construir una patria y no a saciar apetitos de riqueza o en plan de aventureros militares, su propósito era “fundar una sociedad fija y permanente, y animados por virtudes de la vida civil (...)”²⁶.

²⁴ Ibíd., p. 11.

²⁵ “La herencia económica, social y cultural que recibieron los libertadores al desprendernos del trono español, no fue obra del esfuerzo ni de las iniciativas individuales”, “Lógicamente la doctrina política que debía surgir como consecuencia de estas prácticas individualistas de los ingleses en el comercio, en la religión..., fue el liberalismo económico. Entre nosotros esta ideología sin antecedentes carecía de actualidad y desvirtuaba una política social avanzada en relación con los indios. Es, pues, inadmisibles que se califique de progreso en este Continente la brusca implantación de esta doctrina” (p. 9). Más adelante el mismo catedrático concluye haciendo las siguientes precisiones: “En síntesis, el llamado progreso se reduce a sustituir el análisis objetivo de los fenómenos americanos que guió al Consejo de Indias en la expedición del derecho Indiano, por la aplicación indiscriminada de principios abstractos propios del concepto individualista de la civilización inglesa” (p. 10). En lo atinente al Derecho constitucional, sus reflexiones son tajantes al explicar las notorias diferencias existentes, por cuanto, en el período propiamente español, entre nosotros existieron instituciones muy típicas inspiradas en las costumbres de los indios, y el derecho se caracterizaba por el casuismo que se explica precisamente por el propósito de lograr reglas que resultaran más acordes con las variadas regiones de este continente (p. 9). Posteriormente durante el período de inspiración liberal “el derecho tiende a la uniformidad y se reduce a una ingenua imitación de principios abstractos sacados de legislaciones extranjeras. Todas las repúblicas americanas copian la Constitución de los Estados Unidos e imitan ciegamente las instituciones norteamericanas sin ningún examen objetivo de los hechos nacionales. La ofuscación llega a nuestros próceres hasta el extremo de pretender unir por medio de pactos federales lo que nunca había estado separado, como eran las naciones que habían constituido los Virreinos, Audiencias y Capitanías en las Indias durante tres siglos de rígido centralismo español”. Ibíd., p. 9.

²⁶ Op. cit., pp. 1008-9.

Libertad religiosa y autonomía podrían señalarse como otras de las fuentes materiales que marcaron distancias muy notables en la colonización del norte y del sur de América. Serios y agudos análisis críticos se han hecho entre nuestros historiadores y filósofos acerca del nefasto precedente de la evangelización cristiana en la América española, y los efectos de no haber vivido la disidencia religiosa como necesaria para una mejor comprensión de la libertad de conciencia, del pluralismo y la tolerancia²⁷. Buena parte del siglo XIX y de la interpretación conservadora de la Constitución de 1886 son ejemplos elocuentes. Aquella colonización, en el norte de América, fue conducida por los mismos ciudadanos y cada colonia fue respetada en su autonomía, circunstancias que permitieron el desarrollo de la libertad religiosa, la libertad de explotación y la independencia que fueron las bases fundamentales de la organización social²⁸.

El liberalismo no podía ser una doctrina que, tomada en abstracto y sin consideración a nuestros antecedentes histórico-culturales, sirviera, trasplantado mecánicamente, de soporte ideológico eficaz a las nuevas repúblicas.

Rafael Núñez, según él mismo lo afirma, pretendió –sin éxito alguno–, corregir ese rumbo, y por ello predicó una Constitución Nacional y no de partidos. La idea que orientó a Núñez fue sencilla y precisa: “La reforma política comúnmente llamada Regeneración Fundamental, no será, pues, copia de instituciones extrañas; ni parto de especulaciones aisladas de febriles cerebros; ella será un trabajo como de codificación natural y fácil del pensamiento y anhelo de la Nación”²⁹. Considera Liévano Aguirre, que Núñez fue el primero de los hombres de Estado que entendió que las diferencias de nuestros partidos no se originaron como consecuencia de haber examinado y comprendido en forma distinta nuestras realidades y conflictos, y por haber planteado soluciones contrarias sino, que más bien, habría sido un fenómeno típicamente ideológico en cuanto que los mensajes jurídico-políticos de contextos históricos diferentes habrían determinado que se imaginaran ver en Colombia problemas que aquí no existían, pretendiendo resolverlos con instituciones jurídicas concebidas para otros contextos, “construyendo así sobre la verdadera realidad nacional, que todos ignoraban, una especie de realidad abstracta sobre la cual polemizaban los literatos afrancesados y por la cual se mataban los campesinos colombianos”³⁰. El caso del federalismo parece ser un ejemplo típico de esta situación. Lo cierto es, independientemente de la interpretación que se haga de la C. P. de 1886, que Núñez consideró haber logrado jurídicamente lo que quería; sin embargo, la verdad que fluye de la historia enseña que los postulados de aquella Constitución condujeron a implantar “un orden social basado en la ideología religiosa, en la exclusión de los contrarios políticos y en la exclusión de todo lo que pudiera ser visto como protesta social”³¹. Sin embargo, algunos, como Darío Echandía e Indalecio

²⁷ Por ejemplo, Rubén Jaramillo en sus ensayos: “Recepción e incidencias del marxismo en Colombia” y “Puede haber una filosofía latinoamericana. A propósito de nuestro pasado filosófico”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Argumentos, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

²⁸ Op. cit., p. 1008-9.

²⁹ Liévano Aguirre, Indalecio, *Rafael Núñez*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1977, p. 318.

³⁰ *Ibíd.*, p. 318-9.

³¹ Jaramillo V., Rubén, “Ecos de la Revolución Francesa en nuestra historia”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 167.

Liévano³², han reconocido positivamente aspectos sustanciales en la Constitución del 86. En todo caso, el proyecto regenerador condujo a otra de las frustraciones que caracterizan nuestra relación derecho-sociedad. Trágico fue su destino,

caído el partido nacional en 1900, el conservatismo, que representaba el triunfo de las oligarquías y del individualismo, no tardó en darle a estos postulados un sentido bien distinto del que se propusieron consagrar los constituyentes del 86 (...) Estos principios bien pronto fueron olvidados, y la Corte Suprema, los jueces y las leyes dictadas por los parlamentarios conservadores, condenaron a la Carta del 86 a convertirse en una serie de normas teóricas, cuyo espíritu, por conveniencias de partido, y teniendo en mira la defensa de determinadas clases sociales, se truncó fría y deliberadamente³³.

Situación similar, guardadas las proporciones históricas y las diferencias ideológicas, podría plantearse en relación con la reforma constitucional de 1936 y la creación del Estado social de derecho en 1991, como resulta obvio al confrontar los mensajes de aquellos textos con la cruda realidad social y política de país. Por otra parte, los movimientos socialistas de los años veinte y de las décadas siguientes a 1960, estuvieron marcados, por fuertes dogmatismos de grupo y, para lo que aquí nos interesa, generalmente, sin visión clara sobre las funciones del derecho. Debiéndose en todo caso reconocer que, a partir de 1965, aproximadamente, se inició un avance serio en el conocimiento del marxismo y de las obras clásicas de las ideas socialistas, desafortunadamente sin resultados políticos que hubiesen podido nutrir alternativas para la construcción de una nueva sociedad. El momento histórico al comenzar la década de 1990 era el menos propicio para que las doctrinas básicas que se predicaban desde las izquierdas pudiesen tener alguna acogida en una Asamblea constitucional minoritaria e impulsada por lo que se conoce como un gobierno neoliberal. Sin caminos alternos, serios, críticos y conocedores de la realidad del país y de las funciones del derecho, en sociedades que han vivido en permanente proceso de actualización histórica, no podía esperarse nada distinto que recurrir a una pomposa fórmula política que no tenía respaldo concreto en los precedentes culturales ni en el ser social visto en su conjunto.

Antonio García, agudo escritor, de indiscutible conocimiento de la realidad Latinoamericana, en sus reflexiones sobre “Gaitán y el camino de la revolución colombiana”, al estudiar la generación del decenio revolucionario de 1920-1930, indispensable para entender el entorno político de la reforma constitucional de 1936,

³² En cuanto a la primacía del interés general, consagrada en la C. P. de 1886, Echandía comentó: “Todas las constituciones modernas –dijo el doctor Echandía en el Senado– están inspiradas en el principio de que si el interés público o social exige que una ley vulnere los derechos privados, éstos deben subordinarse a aquél. Y este principio está admirablemente expresado en el artículo pertinente de la Constitución del 86, que por este aspecto es socialista. Yo entiendo por concepto social de derecho, el principio de la limitación del ejercicio de la propiedad, por razones de interés público o social, y este concepto está mejor expresado en la Constitución del 86 que en cualquiera otra de las modernas de la pos-guerra”. En Liévano Aguirre, Indalecio, op. cit., p. 328.

³³ Ibíd., p. 329.

piensa que dicha generación no tuvo la “formación crítica necesaria” para haberse planteado correctamente los grandes problemas de su época y, luego, comentando el acto legislativo número 1º de 1936, precisa que se trataba de un constitucionalismo demagógico que implícitamente cree en el cambio de la letra del texto jurídico y no en “la enérgica transformación de una realidad con el arma de una norma escrita”. Y agrega: “Lo cierto es que la *falta de formación económica y política* de los constitucionalistas de 1936, les llevó a creer que la función social de la propiedad es un problema de leyes y no de conformación del Estado, de relaciones entre las clases y de métodos de planificación del desarrollo”³⁴. Para García, la carencia de una sólida formación científico-social, en la generación de la primera post guerra del siglo pasado, fue factor determinante para la incompreensión de la problemática económico social. El marxismo, por ejemplo, no logró desarrollarse como un método crítico de pensamiento, sino, más bien, como una nueva escolástica, “La mayoría de los valores de la generación abrazó la filosofía del ‘materialismo histórico’ y de esa mayoría no salió ni un solo economista. ¿En qué consistía, entonces, la trascendencia que se asignaba al factor económico y a la teoría de las estructuras? Nada más que a la profesión de fe: pero esa profesión no trascendía en la formación crítica de nadie”³⁵. Estas mismas ideas las plasmó García en obras posteriores, siendo notoriamente insistente en esa crítica, de manera particular, cuando reflexiona sobre el liberalismo y el marxismo en América Latina. El liberalismo, según él, nos llegó como una dogmática “con un elenco de valores intocables, de Adam Smith o Rousseau a los apologeticos Say o Bastiat”³⁶.

Las apreciaciones de A. García, en relación con el decenio revolucionario de 1920-1930, son notablemente enriquecidas por Rubén Jaramillo, quien logra una afortunada síntesis acerca de la “Recepción e incidencias del marxismo en Colombia”, la cual contextualiza teniendo siempre en cuenta la formación social colombiana. Una de sus conclusiones, respecto del desarrollo ideológico de los dirigentes de la generación que luchó en la década citada, nos permite aproximarnos al nivel político-cultural que antecedió a la reforma constitucional de López Pumarejo. Dice Rubén Jaramillo: “no es exagerado afirmar que el ‘marxismo’ de esta generación de intelectuales radicales y dirigentes obreros era superficial y ecléctico. El mismo IGNACIO TORRES GIRALDO reconocerá en su crónica de las luchas populares en Colombia, que comenzó a considerarse ‘marxista’ tras haber leído el resumen de El Capital de Deville, un librito de vulgarización”³⁷. Y un dirigente obrero de especiales características, como fue Raúl Eduardo Mahecha, en la segunda década del siglo pasado, diría “que sus primeras actuaciones políticas y sindicales las había llevado a cabo bajo la bandera de un socialismo católico, apostólico y romano”³⁸.

En lo atinente al liberalismo, es oportuno recordar que la reforma constitucional que mayor controversia suscitó en el siglo XX fue, sin duda, la de 1936. Sin embargo, en

³⁴ García, Antonio, *Gaitán y el Camino de la Revolución Colombiana*, Ediciones Camilo, Bogotá, 1974, p. 55 y ss.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 59-60.

³⁶ García, Antonio, *Atraso y Dependencia en América Latina*, Ed. El Ateneo Buenos Aires, p. 5.

³⁷ Jaramillo, Rubén, “Recepción e incidencias del marxismo en Colombia” y “Puede haber una filosofía latinoamericana. A propósito de nuestro pasado filosófico”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Argumentos, Ed. Temis, Bogotá, 1994, p. 107.

³⁸ *Ibíd.*, p. 170.

el ámbito político-cultural podríamos preguntarnos cómo transcurría la existencia de esa colectividad y hasta donde los postulados que finalmente se plasmaron en aquella reforma correspondían a proyectos jurídico-sociales viables o, si por el contrario, eran una ilusión sin posibilidades concretas de transformar la realidad económica y social del país. David Roll, en su análisis acerca de la revolución en marcha del López Pumarejo, al referirse a la ideología del partido liberal, advierte cómo en la convención de 1935 uno de los puntos del programa liberal estaba orientado a desbordar el simple enunciado formal de los derechos para hacerlos realidad recurriendo a la igualdad de oportunidades³⁹. Era una expresión más del permanente intento por deshacerse de la tradición legalista. La historia le daría la razón al autor de la dialéctica de la democracia⁴⁰, quien, como se verá, fue un permanente crítico de ese partido. El proyecto modernizador de López Pumarejo ha sido una de las grandes frustraciones de la nación colombiana⁴¹. Como experiencia histórica, nos debería haber hecho más conscientes de la relación entre nuestras posibilidades reales y nuestras ilusiones constitucionales. Un ejemplo, especialmente significativo, surgiría de la realidad socioeconómica de los 50 años largos que separan el acto legislativo No. 1 de 1936 de la Constitución de 1991 y su confrontación con las ambiciosas palabras que asignaban una función social a la propiedad. Las excelentes lecciones de Darío Echandía sobre la Constitución de 1936⁴², deberíamos releerlas a dos columnas para compararlas con las más representativas jurisprudencias del último medio siglo sobre el principio de la igualdad, la función social de la propiedad o la especial protección al trabajo, y luego mirar con detenimiento las fuentes materiales que conforman la realidad colombiana de los últimos 60 años. Con seguridad que nos sorprenderíamos, no sólo de la enorme brecha entre las fuentes materiales y las fuentes formales del derecho, sino, de igual manera, sobre nuestra persistente ingenuidad histórica, ya que los postulados esenciales de los proyectos jurídico-políticos que hasta ahora hemos ensayado constituyen una gran frustración que quizá hoy ya nadie pueda ocultar. Al pretender sintetizar la investigación política del profesor DAVID ROLL acerca de los 100 años de crisis y reformas políticas en Colombia, se dijo lo siguiente:

Es posible que una de las afirmaciones del autor de *Un siglo de ambigüedad* que mejor resume su obra sea esta:

*Una de las características más acentuadas del sistema político colombiano consiste en su capacidad para resistir situaciones de inestabilidad creciente y de antagonismo político violento, manteniendo la estructura formal de sus instituciones y las acciones de sus gobernantes dentro de un cierto legalismo*⁴³.

³⁹ Roll Roll, David, *Un Siglo de Ambigüedad*, Universidad Nacional de Colombia y Cerec, Bogotá, 2001, p. 47.

⁴⁰ Me refiero a Antonio García, quien es autor de la obra citada y de otras muchas dedicadas al análisis económico, sociológico y político de la realidad latinoamericana.

⁴¹ Sobre el particular la obra más reciente es la ya citada del profesor David Roll, quien precisamente dedica el primer capítulo al análisis de "La revolución en marcha: la reforma política clave de la primera mitad del siglo" (XX).

⁴² Echandía, Darío, *De Marx a Hegel y Filosofía de un Cambio*, Ediciones Banco de la República, Vol. 1., Bogotá, 1982. p. 275, de manera particular resulta bien ilustrativo de la función social de la propiedad.

⁴³ Pinilla, Campos Ernesto, "¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?", en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1992, p. 376.

Ese imperturbable legalismo ha sido, en nuestro entender, el precedente cultural más sólidamente arraigado en la forma de percibir los fenómenos sociales y sus soluciones jurídicas. Ese precedente histórico-cultural estará presidiendo una vez más a los constituyentes de 1991.

Desde antes de la década de los años setenta el país ya había empezado a realizar investigaciones serias y muy bien documentadas en el campo de la sociología, la economía y la historia y, por tanto, poseía un significativo acervo de conocimientos sobre la realidad colombiana que debería haber incidido, así fuese muy de manera muy limitada, sobre los intereses que se imponen en el momento proyectar un nuevo régimen constitucional.

En la investigación ya comentada de la Universidad Nacional: “Colombia un país por construir”, podremos obtener una documentada respuesta que nos permite comprobar la debilidad del Estado, la concentración del poder, la riqueza y el ingreso, la débil infraestructura física y el desempleo, para citar algunos de los problemas más neurálgicos que persisten en la sociedad colombiana al iniciar el siglo XXI.

Como se verá, la Constitución de 1991, siguiendo los mismos causas culturales representados en los textos de cartas políticas como ilusión, reiterará muchos propósitos incumplidos y de la noche a la mañana constituirá un Estado Social de Derecho.

El autor de la Dialéctica de la democracia se preguntará ¿Quién y cómo se hizo la reforma de 1936?, y precisará:

La reforma constitucional de 1936 la hizo un solo partido... ¿Pero un partido coherente, con programas claros de acción administrativa, con un concepto orgánico de la vida social, del orden económico, del Estado? No: porque a la inversa del partido conservador que mantiene el principio unitario de su adhesión material a la iglesia (en esto vale poco mencionar la precaria adhesión ideológica), el partido liberal no tiene nada que lo ligue, que lo unifique, que lo haga moverse alrededor de un vértice (...) Este es el partido que hace la Reforma de 1936, recogiendo la inmensa aspiración revolucionaria del pueblo, pero vaciando en ellas sus propios defectos y su propia e insalvable desorientación⁴⁴.

Y, luego, al preguntarse ¿cómo se hizo aquella reforma?, el mismo autor responde:

por medio de un regateo parlamentario de grandes principios ¿Y cómo se efectúa este regateo, si los partidos tradicionales no tienen sistemas ideológicos que vertebren su pensamiento? En ese tira y afloje de los debates en un parlamento sin unidad doctrinaria, desaparece el sentido mismo de la reforma. El país se escurre entre los dedos de unos constituyentes que no saben qué quieren destruir (sic) y qué quieren construir; (sic) y que, obviamente

⁴⁴ García, Antonio, *Dialéctica de la democracia*, Cruz del Sur, 1971, p. 103.

se refugian en la creencia de que una reforma constitucional empieza y termina en la elaboración material de un articulado legal⁴⁵.

Nuestra historia, tan ausente de las más intensas experiencias del mundo moderno –la revolución industrial, la revolución francesa, la revolución protestante y la revolución científica–, nos estará siempre explicando las notorias limitaciones político-culturales a que se ha hecho alusión. Como se verá, el Estado social de derecho, nació de un plumazo como fórmula política en el texto constitucional de 1991; llegará como una aventura más, por cuanto, debía ser obvio para los constituyentes, que los rasgos esenciales que han caracterizado históricamente las fuentes materiales del derecho en Colombia, no permitían, de ninguna manera, pensar que estaban dados los presupuestos culturales, políticos y económicos que permitieran pensar, razonablemente, en la viabilidad de un proyecto de tal magnitud. Sin duda, se han presentado algunos significativos avances, así, por ejemplo, los Derechos Fundamentales consignados en el capítulo I en relación con los Derechos Sociales Económicos y Culturales del capítulo II han permitido –así sea para un limitadísimo número de casos y en circunstancias muy específicas– la efectividad de un conjunto importante de principios, y han logrado que la gente del común viva una aproximación sencilla a la justicia material. Se han dinamizado espacios, antes no existentes, para el desarrollo de la democracia. Desde un ángulo estrictamente formal la Carta Política es la más generosa de todas las que hemos tenido en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales y consagración de acciones para su eficacia. La Corte Constitucional, en lo que le corresponde como interprete y guardián de la integridad de la Carta superior, ha logrado exponer doctrinarias de suma importancia con repercusiones concretas no sólo en los asuntos de su competencia, sino, igualmente, en el estudio del derecho.

Esos aspectos positivos y varios más, sin embargo, son notoria y manifiestamente inferiores a lo que debe ser un Estado Social de Derecho, aún en su período de gestación, y teniendo en cuenta razonablemente las dificultades que un nuevo orden constitucional debe acarrear. Piénsese que posibilidades existen de convertir en realidad los principios de la nueva Carta Política según se concretó en el artículo segundo al prescribir como fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Sería suficiente comparar, por ejemplo, los siguientes enunciados jurídicos con la realidad de nuestra vida cotidiana: la inviolabilidad del derecho a la vida (art. 11), “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (art. 22), las audaces palabras del artículo 13 “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, “nadie puede ser molestado en su persona o familia” o la “estabilidad en el empleo” (art. 53) para entender que no se trata de algunas inconsistencias o desajustes, sino, por el contrario, que la esencia del ser social en su conjunto resulta manifiestamente desfasada de los principios de la Constitución. Los países periféricos y semiperiféricos, según lo advierten los estudiosos del tema, “se vieron 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 más de un siglo”⁴⁶. Piénsese que el simple Estado de Derecho nunca tuvo realización concreta en Colombia durante el transcurso del siglo XIX, y que desde 1886 hasta 1991 sólo

⁴⁵ Ídem, pp. 103-4.

existieron períodos muy breves de relativa normalidad dentro del atraso. Respalda esta afirmación, de manera contundente, el medio siglo de Estado de sitio en que vivió el país en los años anteriores a la expedición de la Carta de 1991.

En todo caso, parece un error histórico desgastar de manera irresponsable el sentido profundamente democrático y social de la fórmula política y de los valores y principios que le son inherentes, y que han venido siendo relativizadas por la inevitable contradicción entre el ser social y el deber ser normativo. Para dar un soporte sólido a la conclusión anterior, se procederá a hacer el análisis de algunos hechos sociales, especialmente relevantes, que han originado acciones de tutela y cuyo riguroso estudio, por la Corte Constitucional, le ha permitido al máximo juez de Estado Social de Derecho, tomar el pulso a la fuente material por excelencia: el ser social. Y fluirá con nitidez la viabilidad del debido proceso sustantivo integral.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

SU 1150 de 2000. Estado Social de Derecho y desplazamiento forzado en Colombia⁴⁷

Esta sentencia adquiere especial significación ya que: (i) abordó uno de los problemas más dramáticos que ha venido padeciendo la sociedad colombiana: el desplazamiento forzado de miles de compatriotas víctimas de la violencia, (ii) no existe discusión, según lo advierte la Corte Constitucional, en cuanto a que el desplazamiento forzado aparece una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Resultan amenazados los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal, al trabajo, a la libre circulación dentro del territorio, a la igualdad real y efectiva, a una vivienda digna ..., (iii) es una providencia “SU”, es decir, de unificación, lo cual le otorga un valor reforzado como fuente formal de derecho, especialmente cuando se trata de estudiar una “violación múltiple, masiva y continua” de los derechos de personas desplazadas, (iv) la documentación y bibliografía consultadas por la Corte Constitucional brindan un altísimo grado de seriedad y convicción a la parte motiva de la sentencia, constituyendo, a su vez, un sólido respaldo a las pretensiones de este ensayo y (v) Colombia es uno de los países con el mayor número de desplazados en el mundo y quizá con el más grave conflicto armado en el hemisferio occidental⁴⁸. Por tanto, en el ámbito del análisis de las fuentes

⁴⁶ De Sousa Santos, Boaventura y Leitaó Marques, María M., “Los Tribunales en las Sociedades Contemporáneas”, en Revista *Pensamiento jurídico* No.4, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 21.

⁴⁷ La descripción de “desplazados internos”, es variada según la organización que la defina. En el ámbito regional, hay una caracterización, dada por la Consulta Permanente para los Desplazados Internos en las Américas (CPDIA) y es la siguiente : “Toda persona que se haya visto obligada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su lugar de residencia o su oficio habitual, debido a que su vida, su integridad física o su libertad se han hecho vulnerables o corren peligro por la existencia de cualquiera de las situaciones causados por el hombre: conflicto armado interno, disturbios o tensiones internos, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias causadas por situaciones anteriores que puedan perturbar o perturben el orden público”, SU 1150/00.

⁴⁸ En la investigación de Henderson se precisa “...después de la revolución mexicana de 1910, la violencia en Colombia fue la más larga y destructiva guerra civil que haya sobrevenido a nación

materiales, la providencia es muy pertinente, ya que, el problema a resolver, involucra a miles de personas que representan un drama social cuya importancia histórica en relación con la efectividad de los derechos fundamentales nadie puede ignorar. En este contexto es oportuno recordar que, para la “época de la violencia”, Paul Oquist estimó el número de desplazados en 2.003.600⁴⁹ y que el estudio de la Conferencia Episcopal Colombiana sobre “Derechos humanos y desplazamiento interno en Colombia” concluyó que, en el decenio comprendido entre 1985 y 1994, el número promedio de desplazados fue de 586.621 personas que integran 108.301 hogares, lo cual significa que aproximadamente el 2% del total de la población había resultado víctima de esta situación, según lo ilustra la sentencia comentada (SU-1150/00). Y de acuerdo con informaciones allegadas a la sentencia T-327/01 El CODHES reporta una cifra de más de 308.000 personas desplazadas, de enero a noviembre de 2000. La cifra más alta se habría registrado en el tercer trimestre con 93.216 personas. Según esa organización, estas cifras representan un inquietante incremento, pues se sitúan alrededor de las registradas en 1998, el peor de los años, pero sin los datos de diciembre.

Por las razones expuestas esta acción constitucional, al ocuparse de una problemática cuya historia es de tal magnitud, permite tomar el pulso al funcionamiento del sistema jurídico-político y, concretamente, a la viabilidad de fórmula política del Estado Social de Derecho. Como bien lo advierte la sentencia “desde la década de los ochenta Colombia afronta un verdadero estado de emergencia social, que se manifiesta en el desplazamiento forzado de cientos de miles de colombianos, la mayoría de los cuales son menores de edad y mujeres”. La fuente material de que se ocupa la providencia era ya dramática en los momentos de convocarse la Asamblea Constituyente en 1990 y, por tanto, la fórmula política que se plasmó en el artículo 1º de la Carta, así como el compromiso de su realización concreta, consagrado en artículo 2º, corrían el inminente riesgo de estar creando falsas expectativas y, en consecuencia, de exponer a debilitamiento y desprestigio un proyecto tan valioso en la sociedad moderna. Era, sin duda, un desafío de grandes proporciones por cuanto el capítulo I “De los derechos fundamentales” no sólo consagró entre ellos, la vida digna y el derecho a la igualdad, sino que, además, comprometió la legitimidad misma con la eficiencia y la eficacia al precisar que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, dentro de los cuales, el más vulnerable de todos era, seguramente, el que ahora nos ocupa, constituido por miles de compatriotas que sufrían y continúan sufriendo las consecuencias del desplazamiento forzado, cuyo origen ha sido el conflicto armado que, para el momento de expedirse la nueva Carta Política, ya cumplía cerca de medio siglo. Debe resaltarse la seriedad que asiste a la Corte Constitucional, ya que se documenta de múltiples fuentes para ilustrarse de la manera más rigurosa posible del problema jurídico a resolver.

alguna del Hemisferio Occidental durante el siglo XX. Cerca de 200.000 personas murieron antes de que se le pusiera fin, la mayoría de ellas gentes sencillas del campo...”. Handerson, James, *Cuando Colombia se Desangró*, Ancora Editores, Bogotá, 1984, p. 11.

⁴⁹ Oquist, Paul, *Violencia, Conflicto y Política en Colombia*, Instituto de Estudios Colombianos, Bogotá, 1978, p. 101, citado en la sentencia que se comenta.

La tutela acumula tres acciones: dos de ellas corresponden a personas individuales y la tercera a un numeroso grupo. Esta última fue instaurada por la Defensora del Pueblo, Regional de Antioquia, en contra de una inspección de policía, el Ministerio del Interior, la Gobernación de Antioquia y la Alcaldía de Medellín, ya que la Inspección de Policía expidió orden de desalojo en contra de un grupo de numerosas familias desplazadas que ocuparon un predio en la ciudad de Medellín. La defensora del Pueblo en sus alegaciones señala una de las circunstancias que la ciencia política ha estudiado cuando aborda la problemática de la legitimidad de un sistema de gobierno, es decir, la credibilidad y confianza en quien tiene autoridad: “Sin duda esta es una de las grandes contradicciones del establecimiento y uno de los mayores obstáculos a que se ve sometida la población desplazada. El temor hacia los violentos que los han expulsado de su entorno, también se siente frente a los que tienen el deber constitucional y legal de brindarles seguridad; lo anterior ante la posibilidad de un inminente desalojo”. Y luego precisa:

(Q)ue el mínimo vital que debe acompañarlos no existe, que su derecho a la vida digna ha sido coartado, que existe desinterés, indiferencia y negligencia en relación con su destino y futuro por parte del Estado y de las instancias que lo representan, y que el mandato constitucional que impone su protección no ha importado para nada.

Esta aseveración, de un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones, constituye valiosa prueba, por cuanto permite visualizar el trato que las mismas autoridades dispensan a las personas que, por sus condiciones de manifiesta inferioridad, se ven inmersas en circunstancias de estado de necesidad. Metodológicamente parece acertado hacer el análisis recurriendo a la propia dogmática que fluye de la sentencia, es decir, con soporte en las mismas pruebas, argumentos y conclusiones del máximo juez constitucional, razón que justifica citar de manera textual varios apartes de la providencia, a fin de conducir el análisis de la manera más fiel posible para poner a prueba la “hipótesis medio” que pretende establecer si es o no viable el debido proceso sustantivo integral en la sociedad colombiana.

Recurriendo a la parte motiva de la sentencia y a los estudios e informes que se citan en ella, es posible concluir, en lo atinente a las fuentes materiales que la originan, lo siguiente:

1. La dramática situación de los desplazados existía desde mucho antes de que se convocara la Asamblea Constituyente, pero con una notoria diferencia con la Constitución anterior, ya que la Carta de 1886 estuvo muy lejos, si se compara con la de 1991, de consagrar un conjunto armónico de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales que demandan de las autoridades un altísimo nivel de eficacia y eficiencia, como debe ser propio de un Estado Social de Derecho, al cual se le exige, según palabras de la jurisprudencia: “prestar una atención especial a esta calamidad nacional, con el fin de aliviar la suerte de los colombianos afectados por esta tragedia política y social”.
2. La causa de esta tragedia nacional es evidente. La providencia recurre a un documento de la consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento “CODHES” y, entre otros apartes, transcribe el siguiente:

Este desplazamiento sin tregua se evidencia en una población estimada en 288.127 personas que integran aproximadamente 57.625 hogares^{50[6]} que fueron obligados a huir durante 1999 por acción directa o indirecta, deliberada o no, de grupos paramilitares, guerrillas o Fuerzas Militares, en el marco de operaciones insurgentes o contrainsurgentes adelantadas en desarrollo de la confrontación armada en Colombia.

De este total de población, alrededor de 11.700 colombianos buscaron refugio y protección en territorio fronterizo de países vecinos (Panamá, Venezuela y Ecuador) consolidando una tendencia creciente de internacionalización de la crisis humanitaria que vive el país como consecuencia de la guerra irregular^{51[7]}.

La población desplazada en 1999 es ligeramente menor a la registrada en 1998, pero mantiene los niveles críticos de los últimos años: 700.000 entre 1985 y 1994; 89.000 en 1995; 181.000 en 1996; 257.000 en 1997 y 308.000 en 1998. Es decir, en Colombia, alrededor de 1.900.000 personas han sido desplazadas de sus lugares de vivienda y trabajo como consecuencia del conflicto armado en los últimos 15 años.

3. Desde el punto de vista sociológico las consecuencias son igualmente trágicas. Nótese, que el informe también oficial, a que ahora se hará alusión, se está refiriendo a la última década, es decir, al período que comprende el año en que se convoca la Asamblea Constituyente y el comienzo del siglo XXI, y en él la Corte Constitucional destaca lo expresado por la Consejería Presidencial para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia y la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior (segundo informe al Congreso en 1998) en el cual se lee:

La última década ha sido excepcionalmente grave y difícil para la población que vive en las zonas de conflicto armado. En primer lugar, porque los actores del conflicto armado, particularmente la guerrilla y los grupos paramilitares, en el propósito de mantener y establecer un control territorial militar de vastas zonas rurales, han hecho de la población civil un objetivo militar; y en segundo lugar, porque ante las masacres, desapariciones forzadas y las amenazas de muerte, miles de pobladores han tenido que salir individualmente, con su grupo familiar o de manera masiva, de sus lugares de residencia y trabajo hacia los cascos urbanos de los municipios más cercanos y las zonas subnormales de las grandes capitales⁵².

^{50[6]} Todas las cifras corresponden al componente de monitoreo del Sistema de información sobre Desplazamiento Forzado y Derechos Humanos en Colombia SISDES, que opera CODHES desde 1995.

^{51[7]} Esta cifra no incluye a los colombianos que buscaron refugio o asilo en otros países de América o Europa.

⁵² El mismo informe precisa:

“Es necesario hacer una especial mención acerca de la situación de la mujer y la niñez, por cuanto, en el contexto de la violencia política y el desplazamiento forzado, sobre esta población

El desplazamiento forzado implica rupturas y destrucción del tejido social que se manifiestan en los cambios de las estructuras familiares, la recomposición poblacional de inmensas regiones, y la perversión de los poderes políticos y económicos. Además, a nivel comunitario, se han destruido procesos de organización, producción y participación propios de las comunidades rurales, a través de los cuales se han buscado soluciones a sus necesidades básicas.

La mayoría de las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado terminan, en condiciones infrahumanas, hacinadas en zonas marginadas de las ciudades intermedias o capitales, donde la insatisfacción de las necesidades básicas es habitual y su arribo influye decididamente en el empeoramiento de las condiciones generales de vida de la comunidad allí asentada: alojamiento, salubridad, abastecimiento de alimentos y agua potable, entre otros.

Los efectos psicológicos y culturales del desplazamiento forzado son devastadores. El desplazamiento afecta de una manera total al individuo, pues se ve expuesto a intensos procesos psicoafectivos y socioeconómicos como los sentimientos de pérdida total de sus referencias e incertidumbre sobre su futuro, el de su familia y allegados.

La población rural sufre graves procesos de desarraigo al pasar de una cultura rural a una urbana o semiurbana, en la que se le considera extraña y, en el peor de los casos, invasora.

4. En cuanto a la respuesta de las fuentes formales del derecho es indispensable subrayar que una tragedia como la descrita, al ser sometida al principio de ponderación, recibió del juez de instancia un tratamiento que permite visualizar la cultura jurídica concreta de algunos de nuestros funcionarios y los valores que los asisten en el momento de sortear una de las problemáticas jurídicas más delicadas: la denominada en la doctrina “colisión de principios constitucionales”, caso en el cual, el operador jurídico debe sopesar los diferentes valores que lo asisten para optar por uno u otro de los principios que, en la situación concreta, debe prevalecer, como bien lo ha explicado Alexy⁵³. En el presente caso, la ocupación de hecho de un inmueble afectará el bien jurídico de la propiedad que, quizá, como ninguno otro en la sociedad capitalista, es determinante en la formación de valores. Y, en el otro extremo del conflicto estará en espera

se producen los mayores impactos negativos, siendo la que sufre de manera más dramática los traumatismos de la guerra: procesos de pérdida y duelo, grave deterioro psicosocial y sociocultural, y procesos de agudización de la marginalización y pobreza”.

⁵³ “Cuando dos principios entran en colisión... uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro: pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio de mayor peso...”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 89.

de amparo “una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar”, según palabras del máximo juez constitucional, el cual consideró amenazados “los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal, al trabajo, a la libre circulación dentro del territorio, a la igualdad real y efectiva, a una vivienda digna”. Pues bien. Ante un conflicto que penetra las entrañas mismas de la estructura social, el juez de segunda instancia, es decir, del Tribunal Superior de Medellín, al confirmar la decisión de primer grado, escogerá la opción que, como juez constitucional, consideró la más justa y acertada. Cito de manera textual a la Corte Constitucional:

7. El 9 de octubre de 1998, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la decisión de primera instancia. La Sala acepta, en primer lugar; que los terrenos donde se asentaron los desplazados no estaban habitados ni habían sido cercados. Sin embargo, responde que Corvide acreditó cabalmente la titularidad o propiedad sobre el predio. Expresa, entonces, que hay “derechos subjetivos como la propiedad, que son, a la vez, absolutos y reales, o sea, que son oponibles a todas las personas, quienes están en la obligación de respetarlos. La propiedad está garantizada constitucionalmente (artículo 58), como derecho económico, y ese hecho la coloca, prevalentemente, dentro del orden jurídico que controla la jurisdicción constitucional (...). A una posible objeción acerca de que la concepción del derecho que se expone es insensible a las necesidades de los asociados responde: “No es que la justicia sea indolente con el drama social, éste no es el caso. Simplemente que uno de los fines del derecho, puesto en marcha por la jurisdicción, es controlar la anarquía, para que cada uno no haga lo que le venga en gana, pisoteando los derechos ajenos (...) Esta justicia no puede ir más allá, solucionando los conflictos sociales o los guerreros, porque (...) a los funcionarios y empleados nos está asignado un rol específico de funciones, siempre respetando la Constitución y las leyes, sin excedernos en esas funciones”⁵⁴.

Parece incontrovertible el tipo de valores que finalmente determinaron la opción jurídica por la cual se inclinó el Tribunal. Las evidentes circunstancias de fuerza mayor y de insuperable coacción a que se ven sometidos los desplazados, los interpreta el juez constitucional de segunda instancia, como un atentado contra la propiedad, lo cual lo conduce a decir que es necesario *controlar la anarquía, para que cada uno no haga lo que le venga en gana, pisoteando los derechos ajenos (...)* Esta justicia no puede ir más allá, solucionando los conflictos sociales; olvidando, sin justificación alguna, que la acción de tutela fue concebida precisamente para solucionar conflictos sociales cuando la dinámica de ellos mismos conduce a la amenaza o violación de derechos fundamentales.

⁵⁴ Dice también la sentencia: “Este derecho fue vulnerado por los querellados –‘indudablemente exhaustos por la violencia y por la obligada vida nómada que están sufriendo’–, con lo cual perturbaban también la paz y el orden jurídico. Aun cuando dentro de los invasores se encuentran niños y ancianos, no pueden éstos “reclamar derechos tan justos como los suyos, a costa de los de sus semejantes. Y si bien es cierto, que los derechos a la vida y la salud y la dignidad humana, la familia, la vivienda y la recreación y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentales a la existencia humana, el camino no es imponer esos derechos al arbitrio, porque todos somos sujetos de derechos y esperamos la garantía del Estado”.

La Corte Constitucional no ordenará suspender la orden de desalojo, por una razón muy distinta: la existencia de pruebas indicativas de que los predios ocupados habían sido declarados como de alto riesgo de deslizamiento, “en estas circunstancias, dice la Corte, admitir la solicitud de la actora significaría que el Estado pusiera conscientemente en riesgo la vida e integridad personal (...)”, razón completamente entendible que conduce a que la Corte Constitucional, en la parte resolutive de la sentencia, ordene al presidente de la República establecer la fórmula administrativa “que permita atender con prontitud las necesidades urgentes de las personas desplazadas y superar la situación de descoordinación que se presenta en la atención de este sector de la población nacional...”.

La sentencia, por su especial importancia y características, permite hacer una confrontación entre las circunstancias fácticas, que originan la acción de tutela, y el enunciado jurídico de la fórmula política, con el fin de ir estableciendo el nivel de efectividad y eficacia del Estado colombiano y, por tanto, su capacidad real para ser un Estado Social de Derecho.

Efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución

Descrito el problema, sus causas y algunas de sus consecuencias, estas reflexiones se desplazarán al artículo 2º de la C.P. con el propósito de tomar el pulso al grado de efectividad de los principios, derechos y deberes que como fin esencial del Estado éste se comprometió a garantizar.

Dice el artículo 2º en lo pertinente:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...

En las sociedades modernas la problemática de la eficacia y la efectividad ha ascendido al primer plano de la preocupación de los gobiernos, hasta el punto de afirmarse que de estos factores depende la estabilidad del régimen político. A su vez, algunos han planteado que en el Estado Social de Derecho el logro de la justicia material depende precisamente del nivel de eficacia y efectividad que haya logrado la administración pública –entendida en su acepción más amplia–, e inclusive advierten que el principio de la seguridad jurídica ha quedado relegado a un segundo plano. En palabras breves, el decaimiento del clásico estado liberal ha transformado necesariamente, las relaciones entre la sociedad y el derecho y, en consecuencia, éste ya no puede ser entendido ni aplicado escindiéndolo de las realidades sociales. Una tesis muy significativa sobre el particular puede leerse en la sentencia T-406 de 1992, ya que la Corte Constitucional, al ilustrar sobre la nueva forma de interpretar el derecho, indica que el texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, ha perdido su importancia sacramental ya que el juez debe tener “mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. En la misma providencia se precisará el cambio de referentes en conceptos esenciales para la comprensión del orden jurídico:

El sistema creado por el estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley (regrillas mías).

Lo dicho permite visualizar la complejidad que hoy adquiere la relación entre validez, legitimidad, eficiencia, eficacia y justicia material.

Lo anterior explica por qué, cuando se pretende hacer el análisis de la efectividad de los principios constitucionales, a que alude el artículo 2º de la C.P., es necesario intentar algunas precisiones. Lo primero que debe observarse es la diferencia existente cuando el análisis se realiza en (i) el ámbito de la teoría del derecho o bien (ii) desde la óptica de la política y la sociológica jurídica.

En la primera hipótesis hay un cierto grado de aproximación y de acuerdo en cuanto se relaciona la eficacia de la norma con el cumplimiento que de sus mandatos hagan los respectivos destinatarios y, en caso de ser violada, se recurra a medios coercitivos para lograr que ella cumpla su objetivo. Sin embargo, al hacer cuidadosas precisiones conceptuales los teóricos del derecho contextualizan eficacia con validez, legalidad, legitimidad y justicia, y a partir de ahí la complejidad en el análisis abre todos los campos imaginables para discusión. Bobbio, ha explicado que si se pretende establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas lo primero que debe estar bien claro es “si toda norma jurídica puede someterse a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí”, precisando que se trata de tres problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia⁵⁵. Cada valoración puede darse independiente de la otra, es decir, una norma puede ser justa sin ser válida o eficaz sin ser justa o eficaz sin ser válida⁵⁶. La complejidad a que nos referimos la ilustran con creces los expertos en la obra de Kelsen, cuando advierten, por ejemplo, que éste debió desplazarse hacia ámbitos sociológicos al establecer la relación entre validez y eficacia lo que constituiría una de las grandes paradojas en el pensamiento kelseniano⁵⁷.

Esta complejidad explica los tropiezos e inconsistencias de los pronunciamientos judiciales cuando se refieren a algunos de los aludidos fenómenos. En la teoría del derecho hay quienes consideran la validez como el resultado de tres polos diferentes: la legalidad, la eficacia y la legitimidad, entendiendo esta última como “la conformidad de la norma con las normas, valores o principios extrajurídicos de carácter ético”, mientras que la eficacia sería la conformidad existente “entre la norma con el comportamiento de sus destinatarios y/o con las autoridades encargadas de hacerlas efectivas”⁵⁸. En algún momento de sus reflexiones, Kelsen deja en claro que un orden jurídico que en su conjunto no logra ser eficaz pierde su validez.

⁵⁵ Bobbio, Norberto, *Teoría general de derecho*, Bogotá, Temis, 1987, p. 20.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 21.

⁵⁷ Bastida Freixedo, Xacobe, *El Silencio del Emperador*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 100-101.

⁵⁸ Ost, François y Van de Kerchove, Michel., *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 349.

*La eficacia del orden jurídico total es una condición necesaria para la validez de cada norma individual del mismo. (...) Las normas de este orden dejan de ser válidas, no sólo cuando fueron anuladas conforme a la constitución, sino cuando la constitución deja de ser considerada como una norma válida, que es el caso cuando el orden total establecido en conformidad con la constitución, deja de ser efectivo*⁵⁹.

Desde la óptica de la ciencia política parece evidente la relación entre la estabilidad de un régimen político y la trilogía: eficacia, eficiencia y legitimidad. La eficacia, para algunos, no es un asunto de resultados sino que se identifica con las decisiones tomadas para enfrentar los desafíos⁶⁰; mientras que, si queremos significar cuales son los resultados, debemos pensar en términos de efectividad: “Un régimen es efectivo, sí (*sic*) y cuando, como consecuencia de la ejecución de sus decisiones, obtiene los resultados queridos”⁶¹. Robert Dahl, en sus lecciones sobre la democracia, define expresamente lo que denomina *Gobierno eficaz* y precisa:

*Por eficacia entiendo la capacidad de un gobierno para actuar siguiendo lo que sus conciudadanos entienden que son los asuntos y problemas principales que los afectan y respecto de los que creen que es necesaria la acción del gobierno. El gobierno eficaz es particularmente importante en tiempos de grandes emergencias provocados (*sic*) por guerras, amenazas de guerra, tensiones internacionales agudas, crisis económica severa y otras crisis similares. Pero es también relevante en tiempos normales cuando los asuntos principales dictan la agenda de los ciudadanos y los líderes*⁶².

García Pelayo, al estudiar “La Transformación del Estado Contemporáneo”, advierte que un nuevo principio de legitimidad inherente al Estado manager es la eficacia, la cual, en su sentir, es “la capacidad efectiva para satisfacer las crecientes demandas que le plantea la sociedad”. Por su parte, Deutsch, reflexionando acerca de la eficacia del gobierno recurre a factores como la esperanza de vida, la magnitud de la desigualdad, la riqueza y el crecimiento económico⁶³, es decir, que se trata de desentrañar la materialidad concreta del grado de desarrollo y sus resultados en relación con ciertos factores que permitan medir la calidad de vida y la estabilidad de los regímenes políticos. Recasens Siches piensa que el derecho es una empresa de realización práctica, por tanto “no basta conocer tan sólo las necesidades que se trata de colmar y el criterio estimativo para hacerlo, según unos principios valiosos. Hay, además, un problema de *eficacia*, es decir de saber elegir los *medios* adecuados de realización para las finalidades establecidas como valiosas”⁶⁴.

Entre nosotros, el profesor David Roll en su investigación política, “Un siglo de ambigüedad”, realiza detenido análisis del siglo XX en Colombia contribuyendo a

⁵⁹ Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1952, p. 354.

⁶⁰ Roll, David, op. cit., p. 453.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 453.

⁶² Dahl, Robert, *La Democracia*, Ed. Taurus, Madrid, 1999, pp. 145-6.

⁶³ Deutsch, Kart W., *Política y Gobierno*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, p. 255.

⁶⁴ Siches, Recasens, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa S.A., México, 1975, p. 391.

la comprensión histórico política de esos cien años que se iniciaron con la nefasta experiencia de la guerra de los mil días y que llegaron a su fin en medio del conflicto armado que ya cumple medio siglo. Roll, al referirse al problema de la ineficacia política en Colombia, sustenta sus reflexiones en Linz, Eckstein y Morlino y concluye: “son tres los elementos que se conjugan para determinar la estabilidad de un régimen: legitimidad, eficacia y efectividad” y, luego, apoyándose en Linz, precisa que “la combinación de estas tres dimensiones produce una óctuple tipología de situaciones cuyas consecuencias tendrían que ser analizadas en detalle a la luz de situaciones empíricas”⁶⁵.

Algunos consideran que en el análisis debe distinguirse el tipo de sociedad de que se trate, ya que, por ejemplo, en las sociedades liberales la legitimidad jurídica es asimilada a la simple legalidad, es decir, se trataría de un fenómeno de coherencia en el sistema jurídico; mientras que, en la sociedad postindustrial, se asimila a la eficacia, que es una dimensión de la efectividad de la ley⁶⁶. Este enfoque metodológico es indispensable por cuanto, en esencia, lo que pretende es advertir que la función del derecho se transforma profundamente del tránsito de una sociedad a otra. Y, además, será imprescindible identificar con precisión la fórmula política de aquel sistema jurídico dentro del cual pretendamos hacer el análisis, puesto que es evidente que existen distancias muy amplias, por ejemplo, entre la eficacia en el Estado liberal clásico, en los regímenes socialistas o en el Estado Social de Derecho que se fue construyendo durante el siglo XX.

En nuestro entender, metodológicamente el análisis debe estar orientado a: (i) Caracterizar el orden jurídico de la sociedad de que se trate, ya que es a partir de ese orden que podremos identificar el proyecto que el Estado se ha propuesto y los medios para obtenerlo; (ii) si el orden de derecho está construido a partir de alguna fórmula política inequívoca y explícita, se deberá precisar, dentro del contexto de ese sistema jurídico, que relación existe entre la fórmula política y la trílogía: legitimidad, eficacia y eficiencia; (iii) de ser así, es inevitable el tercer paso que consistiría en confrontar la fórmula política con los niveles de desarrollo económico, de satisfacción de los ciudadanos y de los grados de estabilidad política del sistema, con el fin de establecer el nivel de viabilidad de dicha fórmula en una sociedad determinada. En el desarrollo de este escrito se irá haciendo el análisis siguiendo las exigencias metodológicas antes sugeridas.

En cuanto a la fórmula política no hay duda que la Constitución colombiana de manera expresa, en su artículo 1º, consagró: “Colombia es un Estado Social de Derecho”, cuyo sentido y alcance ya habíamos ilustrado con fundamento en las propias y reiteradas enseñanzas de la Corte Constitucional⁶⁷, no siendo necesario insistir de nuevo sobre el particular. Ahora, en lo atinente al entendimiento que ha dado la dogmática colombiana a la trílogía: eficacia, eficiencia y legitimidad es necesario recurrir a la jurisprudencia constitucional la cual, como se verá, incurre en muchas imprecisiones, que en todo

⁶⁵ Siches, op. cit. 449 y 453.

⁶⁶ Ost, François y Van de Kerchove, Michel, op. cit., p. 350.

⁶⁷ Me remito a Pinilla, Campos Ernesto, “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?”, en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1992.

caso no afectan la esencia de lo que razonablemente ha querido expresar. En su famosa y temprana tutela 406/92 la Corte Constitucional en forma expresa, y subrayando sus propias palabras, dedicó uno de sus fundamentos jurídicos a lo que denominó: “una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales”, y luego precisa su tesis así:

La coherencia y sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

No es muy rigurosa la Corte al hablar de la eficacia, y pareciera que no hace clara distinción con el concepto de eficiencia. ¿Si son los jueces, y no la administración o el legislador, a quienes se encarga de la eficacia de los derechos, significaría que el simple reconocimiento de un derecho en la sentencia constituye garantía para que éste se convierta en realidad sin la participación de ninguna otra autoridad? ¿Y acaso los demás poderes públicos no tienen funciones específicas en la C.P.?

Los interrogantes planteados obtienen alguna claridad en la sentencia T-156 de 1995, la cual resulta pertinente de manera notoria para ilustrar estas reflexiones, ya que en ella se equipara eficacia real con efectividad y, además, en forma explícita se consideró la “eficacia real y no formal” como principio fundamental del Estado Social de Derecho. Estas son las palabras textuales de la Corte Constitucional:

Esta Sala de Revisión considera que las conductas omisivas de las entidades de previsión encargadas de atender y cumplir debida y oportunamente con sus obligaciones en relación con sus pensionados, atenta no solamente contra los derechos enunciados, sino también contra el principio fundamental que rige nuestro Estado Social de Derecho como es el de la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados. El simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable en aras a darle eficacia material, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas pensionales (...) Por ello no es de recibo el argumento de que los derechos de los pensionados pueden suspenderse por falta de presupuesto de la entidad...

En la sentencia T-168/94 se hicieron similares precisiones en cuanto a la eficacia material, que, decimos nosotros, no es más que la efectividad de un derecho. En otra oportunidad la jurisprudencia constitucional orientó sus apreciaciones así:

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. En el Estado Social de Derecho no basta que las normas se cumplan; es necesario, además, que su cumplimiento coincida con la realización de principios y valores constitucionales (T-05/95).

Dentro de la temática que se estudia, adquiere especialísima importancia ilustrar sobre el sentido y alcance que dio la jurisprudencia constitucional al concepto de *eficacia del derecho* en el contexto de la problemática del orden público y de la paz. En sentencia C-179/94 la Corte Constitucional estudió el proyecto de ley estatutaria “Por el cual se regulan los estados de excepción en Colombia”; en dicha sentencia se analizó lo atinente al *orden público* y en ese específico contexto la Corte hizo las siguientes precisiones:

Quizás lo más sensato, para trazar un límite que resulta ineludible, es construir la noción a partir de otra, no exenta de dificultades pero menos problemática, como lo es la de eficacia del derecho. El derecho es eficaz, desde esta perspectiva, cuando consigue moldear la conducta de los destinatarios conforme al propósito que lo informa. Cuando tal ocurre, no hay duda de que al estado de cosas resultante podemos llamarlo orden, no importa cuán plausible o censurable se nos antoje.
(...)

Cuando ocurre lo contrario a lo que se ha descrito, la que se presenta es una situación de anomia por carencia de una normatividad capaz de unificar la conducta de los sujetos destinatarios, en la medida necesaria para que sea posible la convivencia.

Pero, en todo caso, la eficacia del derecho es siempre relativa, pues siempre hay un amplio margen de desobediencia compatible con su funcionamiento y con la convivencia que busca propiciar (...) Pero cuando ese grado de desobediencia, permisible o inevitable, es traspuesto, la convivencia se torna difícil y hasta imposible, especialmente cuando son las normas reguladoras de conductas sin las cuales la coexistencia no es pensable, las que están comprometidas. Cuando tal ocurre, el desorden se ha sustituido al orden (...).

Como se verá, estas reflexiones, del Juez constitucional, ponen al descubierto una situación de suma importancia jurídico-política cuando es el propio Estado el que no logra moldear su conducta de acuerdo con su propio sistema normativo.

En sentencia T-068 de 1998, en relación con la SU 562 de 1999, la Corte Constitucional abordó el análisis de los artículos 2º y 209 de la Carta Política con el fin de establecer la relación entre legitimidad, eficacia y eficiencia. Este es sin duda uno de los puntos más neurálgicos y sensibles del test que conduce a comprobar el nivel de legitimidad de un Estado. En este sentido existen varios pronunciamientos jurisprudenciales que de manera contundente vinculan la fórmula política del Estado Social de Derecho con la justicia material y con los medios idóneos para lograrla. El más autorizado intérprete de la Carta Política hace las siguientes reflexiones:

La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí

pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Ahora bien, la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.

Las imprecisiones conceptuales, visibles en los anteriores pronunciamientos, no son óbice para entender que la Corte Constitucional lo que pretende es dejar en claro que los derechos que emanan de la Carta Política deben ser una realidad en la vida concreta de las personas –eficacia real– y, que, la legitimidad del Estado Social de Derecho está indisolublemente ligada a su capacidad “para cumplir de manera efectiva” los mandatos contenidos en el artículo 2º, ya que las autoridades tienen la obligación de hacer efectivos los derechos de los administrados y “asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales”. En todo caso, la Corte ha precisado que “la eficiencia y eficacia son también principios rectores del comportamiento del Estado social de derecho”⁶⁸.

Las enseñanzas del máximo interprete de la Carta, acabadas de citar, serán ahora confrontadas con las pruebas que la misma Corte Constitucional consideró las más idóneas y pertinentes, al estudiar la problemática de los desplazados, con el fin de ir estableciendo la relación concreta entre los postulados constitucionales y la eficacia y efectividad de los mismos a la luz de la realidad del país. Estas confrontaciones son las únicas que nos permiten palpar la viabilidad de un cierto proyecto jurídico-político y su mayor o menor grado de legitimidad, máxime cuando la interpretación de los artículos 1º y 2º de la C.P. obligan al operador jurídico a no escindir el derecho de la conflictividad social. Nos parece que esta metodología podría contribuir a saldar las cuentas pendientes entre formalistas y antiformalistas, cuyas distancias son, en nuestro entender, de simple apariencia y “puramente formales”, por cuanto, unos y otros, realizan sus disquisiciones dejando de lado la formación social colombiana.

En la sentencia SU-1150 de 2000, ya comentada, la Corte Constitucional recurre a una prueba de inigualable valor de convicción, ya que se trata de un documento oficial del Conpes, de mayo 28 de 1997, en el que se realiza inicialmente el balance de la ejecución del programa nacional de atención a la población desplazada por

⁶⁸ C-074 de 1993. En esta sentencia la Corte Constitucional, reiterando criterio anterior dijo igualmente “... la eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio cumplimiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4º, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultado y a la eficiencia como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 48, 49 y 268 numerales 2 y 6, de la Constitución Política”.

la violencia, documento del cual se infiere con claridad la notoria limitación de la administración pública para racionalizar adecuadamente los medios necesarios que le permitan lograr una cierta finalidad. En la sentencia se precisa:

El Programa ha tenido dificultades de gestión y coordinación interinstitucional, de información y de carácter financiero. En primer lugar, el poco compromiso de las entidades con la política^{69[20]} y el prolongado proceso de reestructuración del Ministerio del Interior^{70[21]}, han limitado la capacidad para liderar, desde una perspectiva gerencial, el Programa y al mismo tiempo han sido obstáculos para su puesta en marcha y su adecuada ejecución. Las acciones de la Dirección para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, que no han sido pocas, no han estado articuladas a un plan integral, y se debieron concentrar básicamente en resolver lo relativo a la atención humanitaria de emergencia^{71[22]}. Las acciones para la estabilización socio-económica, el retorno voluntario o la reubicación de las familias y personas desplazadas, han sido pocas y muy puntuales. Bajo estas condiciones era poco posible articular, en forma integral, a las demás organizaciones públicas y privadas interesadas en ejecutar acciones en favor de la población desplazada.

(...)

Por último, las dificultades presupuestales y financieras prácticamente paralizaron la puesta en marcha del Programa. Para la vigencia de 1996 la Dirección del Ministerio del Interior no contó con recursos^{72[23]} y para 1997 cuenta, para todas sus actividades, con \$1.666 millones, pero las dificultades de PAC, han impedido ejecutarlos en lo que va corrido de esta vigencia.

(...)

^{69[20]} Salvo quizá el INCORA (Acuerdo 018 del 17 de octubre de 1995, Acuerdo No. 6 del 14 de agosto de 1996 y Decreto 2217 del 5 de diciembre de 1996), el ICBF (Acuerdo 006 del 19 de marzo de 1997), la Red de Solidaridad Social (Leyes 104 de 1993 y 241 de 1995) y el Ministerio de Salud (Acuerdo No. 59 del 29 de abril de 1997), las entidades comprometidas no han asumido su responsabilidad para con esta política, y la mayoría de ellas no han diseñado los instrumentos normativos o reglamentarios necesarios que les permitan intervenir de manera integral. Ni el Comité de Cofinanciación, ni los Fondos de Cofinanciación asumieron la recomendación del CONPES en el sentido de definir líneas de acceso prioritario para los proyectos que tuvieran como origen municipios o departamentos afectados por el fenómeno del desplazamiento forzado.

^{70[21]} La Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior no quedó reglamentada como tal y la Dirección General, creada un año después de aprobada la política, no ha contado con el personal ni el apoyo financiero requerido para cumplir con su cometido, y en la actualidad funciona con una estructura precaria en comparación con sus responsabilidades.

^{71[22]} La Dirección Nacional de Prevención y Atención de Desastres era la entidad responsable del programa de asistencia especial de emergencia; sin embargo, nunca diseñó los procedimientos para tal fin. Sólo hasta abril de este año se facultó temporalmente al Fondo Nacional de Calamidades para financiar acciones de emergencia en favor de los desplazados (Decreto 976 de abril 7 de 1997).

^{72[23]} La Consejería Presidencial de Derechos Humanos que en abril de 1996 debió hacer un convenio interadministrativo con el Ministerio del Interior por \$1.086 millones, no lo hizo. En cambio, firmó un convenio con la OEI, por \$740 millones, en diciembre de ese año, para ejecutar los recursos destinados a la atención de la población desplazada.

La dispersión de los recursos, así como la poca coordinación efectiva en su ejecución han duplicado los esfuerzos institucionales y en ocasiones ha elevado los costos de atención^{73[26]}. Esta situación no ha permitido cuantificar el monto total de recursos destinados a cada una de las estrategias del programa, lo que dificulta un control presupuestal ágil, eficaz y un seguimiento a nivel nacional.

A continuación, dice la Corte, en el documento se expone que era necesario modificar la estructura institucional existente, puesto que ella había mostrado importantes carencias para responder al problema del desplazamiento forzado interno en el país, cuya dimensión había aumentado en forma alarmante desde 1995, a causa del recrudecimiento de la violencia^{74[27]}.

Brilla a los ojos nuevamente la notoria precariedad de la organización administrativa del Estado: “El Programa ha tenido dificultades de gestión y coordinación interinstitucional, de información y de carácter financiero”, “La dispersión de los recursos, así como la poca coordinación efectiva en su ejecución han duplicado los esfuerzos institucionales y en ocasiones ha elevado los costos de atención”, se hace necesario modificar la estructura institucional existente, puesto que ella había mostrado importantes carencias para responder al problema del desplazamiento (...). No parece justificable –que un problema ya existente para la década de los años cincuenta del siglo pasado, y que según se recordó había dejado más de dos millones de desplazados, cuya magnitud y consecuencias en los derechos fundamentales nadie discute–, sea objeto de tan marcada irracionalidad administrativa.

Continuando con el análisis de las realidades concretas, ahora nos remitimos a un nuevo documento del Conpes, el número 3057 aprobado en 1999, en el cual se evalúan los resultados de la política para los desplazados internos del país. Ninguna duda puede existir en cuanto a la precaria y desordena actividad desplegada por los organismos gubernamentales para atender adecuadamente la tragedia de miles de personas. Uno de los apartes del citado documento ilustra con creces hasta donde los postulados del artículo 2º constitucional logran su realización concreta:

Sin embargo, estas políticas han enfrentado una dispersión de competencias (19 entidades públicas involucradas)^{75[29]}, así como la ausencia de un sistema de seguimiento y de un sistema de indicadores de gestión que permitan definir responsabilidades institucionales y generar un marco para la rendición de

^{73 [26]} La adjudicación de tierras para 112 familias en las fincas la Cochinilla (N. Santander) y Los Cábmulos y La Miel (Tolima) ha tenido un costo por familia superior a los \$44 millones. De otro lado, varias entidades han elaborado censos bajo distintas metodologías movilizand para tal fin equipos distintos, en tiempos distintos.

^{74 [27]} En el documento se señala que, de acuerdo con los reportes presentados a la Dirección Nacional de Prevención y Atención de Desastres, por los alcaldes y algunos comités regionales y locales de emergencia, entre 1995 y abril de 1997 habían sido desplazadas en el país 41.657 familias.

^{75 [29]} Consejo Nacional de Estupefacientes, Consejería Presidencial para la Política Social, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, Dirección Nacional de Prevención y Atención de Desastres, IICBF, INCORA, INURBE, Ministerios de Defensa Nacional, Interior, Salud, Educación, Agricultura, Desarrollo Económico, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, Red de Solidaridad Social y SENA.

cuentas. Igualmente, la concentración de actividades en las instituciones del Estado ha impedido articular y complementar sus acciones con las de organizaciones no gubernamentales (ONG) y agencias internacionales con amplia experiencia. Finalmente, se debe trabajar en mejorar la oferta institucional que canalice los esfuerzos técnicos y financieros de forma más equitativa entre las regiones^{76[30]}.

C. Sistemas de información

En cuanto a la información, hay dispersión en las fuentes que estiman el número global de desplazados, y deficiencias en el registro de la población, el seguimiento y los mecanismos de alerta temprana. Dichas deficiencias se deben a la ausencia de una metodología única, lo cual ha dado lugar a estimaciones no oficiales que generan confusión y que impiden tener una dimensión real de problema.

Es conveniente volver a precisar que el pronunciamiento jurisprudencial que se ha escogido como ejemplo (SU 1150/00) para el anterior análisis, por sus características (uno de los problemas más dramáticos del país, violación múltiple y masiva de derechos fundamentales, calidad de las pruebas, etc.) es notoriamente representativo, como punto de referencia, para confrontar postulados constitucionales con realidades sociales y, por consiguiente, para dar mayor solidez a la argumentación sobre la viabilidad del debido proceso sustantivo integral en sociedades como la nuestra.

Con idéntico propósito se abordará el análisis de otra decisión de la Corte Constitucional, cuya trascendencia, en cuanto a derechos fundamentales se refiere, fluirá de manera evidente.

SENTENCIA SU 090 DE 2000

Ahora, siguiendo la metodología anterior, se estudiará la sentencia SU 090/00 la cual fue escogida por tener las siguientes características: (i) en ella debe resolverse un problema jurídico atinente a la seguridad social, derecho éste que históricamente ha constituido uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. En el caso concreto se afectan mínimos vitales que determinan “la masiva vulneración de derechos fundamentales”, según palabras textuales de la Corte Constitucional. Se trata de una problemática que lesiona a cientos de personas del común, quienes dejan de percibir sus respectivas mesadas pensionales por varios años; (ii) porque la Corte Constitucional debe enfrentar una absurda situación: si concede el amparo y en consecuencia profiere la orden para que el departamento haga el respectivo pago, como suele ser usual, es plenamente consciente que dicha orden no tiene ninguna posibilidad de ser cumplida y, por tanto, la tutela tampoco sería un medio eficaz para el caso concreto; (iii) por el excelente material probatorio que obra en el expediente, cuyo origen es del mismo Estado: declaración de dos gobernadores del departamento

^{76[30]} Por ejemplo, mientras que Urabá, Chocó o Meta concentran gran parte de la oferta institucional, el sur oriente del país (Putumayo, Caquetá, Guaviare), a pesar de su crítica situación, no registra ningún tipo de presencia institucional de apoyo.

del Chocó y múltiples documentos de las siguientes entidades: Contraloría General de la República, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda, Procuraduría Departamental del Chocó, Federación Nacional de Departamentos, además de haberse comisionado a un Magistrado Auxiliar con el fin de que realizara inspección judicial; pruebas que permitirán constatar legendarios vicios en la organización administrativa de los departamentos y (iv) por cuanto las conclusiones que emanan del material probatorio constituyen un excelente soporte para cualquier investigación que pretenda establecer el grado de eficiencia y eficacia de un Estado y, en consecuencia, el nivel de estabilidad del régimen político.

La situación fáctica, que da origen a esta acción constitucional, la describe un testigo de excepción ya que se trata de quien fuera el gobernador del Chocó, para octubre de 1998, haciendo las siguientes precisiones sobre la situación de los pensionados de su departamento: de un total de 342 pensionados a ninguno de ellos se le pagaba la totalidad de su derecho, a 101 se le hacían pagos parciales y a 241 no se les cancelaba ninguna suma. La deuda pensional ascendía en ese entonces a \$4.944'300.675; declaró igualmente que el departamento “atraviesa por la peor crisis económica y financiera de su vida institucional (...) casi todas sus rentas se encuentran pignoradas, producto de la altísima deuda (...)”, y luego agrega: “hoy se le debe a los pensionados 21 mesadas y a los empleados activos 21 meses de salario y la prima semestral del presente año”. Indica también que contra el departamento se habían instaurado 110 tutelas de las cuales habían prosperado 105. El déficit del departamento es superior a treinta mil millones de pesos. Ya en su calidad de ex gobernador, al enviar un concepto a la Corte Constitucional sobre las alternativas de pago, dice, entre otras cosas lo siguiente: “(...) en las actuales condiciones fiscales, la gobernación no sería viable institucionalmente, debido a que sólo le ingresaría el 35% de sus gastos anuales”. Muchas otras informaciones similares fueron expuestas por dicho funcionario. Como se verá, sucintamente, esta situación económica no es una excepción, sino que abarca a un importante número de departamentos. Se trata entonces de una problemática estructural que debe ser cuidadosamente estudiada, para que el jurista responsable tenga elementos de juicio muy concretos y determinantes al momento de hacer el análisis jurisprudencial, ya que éste, en un Estado social de derecho, no puede reducirse a un simple ejercicio, en abstracto, orientado por lúcidas tesis de lógica formal.

El Tribunal Administrativo del Chocó, al proferir un fallo de tutela (oct. 21/98) anterior al que ahora se analiza, había hecho, entre otras consideraciones, la siguiente:

Encuentra, pues, el Tribunal que en las circunstancias económicas actuales del Departamento del Chocó, es retórico pretender que por obra y gracia de un fallo de tutela, se les va a restablecer a los empleados de la administración central, el derecho que tienen de recibir su salario oportunamente, por lo que el Tribunal no debe limitar su soberanía judicial a tutelar el derecho de los servidores, sino que dentro de ese marco Constitucional, encaminado a lograr la efectividad de los derechos fundamentales, está en la obligación de remover todos los obstáculos que le impiden al Gobernador cumplir al menos con los compromisos de nómina (...)

Como están las cosas, a la administración le resulta imposible dar cumplimiento a la prelación, pues las rentas Departamentales se encuentran

embargadas en la fuente por orden de los señores Jueces de la República, quienes llevándose de calle la destinación preferente de estas rentas (art. 336 C.P.), lo que solo puede hacer el tesorero Departamental, ordenan retener los fondos Departamentales en la fuente, dificultando no solo el sostenimiento de la administración pública, sino, además, entorpeciendo la labor contable de la administración, hecho que facilita el desgüeño administrativo y los dobles cobros, como lo dejó dicho el señor Secretario de Hacienda Departamental.

Fluye con evidencia la percepción de quienes deben dar cumplimiento a una tutela, así como el absurdo que se presenta entre lo pretendido con dicha acción y la tozuda realidad económica. Como se analizará, esta situación financiera de un departamento tiene sus causas en las costumbres políticas, en el desgüeño de la administración y en la conducta de los propios representantes del pueblo al señalar para ellos mismos aumentos salariales manifiestamente desproporcionados, es decir, todo un conjunto de circunstancias, no excepcionales ni exclusivas de un determinado ente territorial, sino, todo lo contrario, ya que, han caracterizado el desarrollo “normal” de la política y de la administración pública tanto en Colombia como en la mayoría de los países de América Latina.

La representante de la Vista Fiscal, por ejemplo, resalta en su escrito:

(...) en la crisis financiera del Departamento también influyó el incremento desmedido de los sueldos de los funcionarios de la Gobernación del Chocó y de los diputados de la Asamblea Departamental, a partir del año de 1996, lo que aumentó el desequilibrio presupuestal, conduciendo al reconocimiento de prestaciones sociales en montos exagerados, (...).

Y, al analizar otro de los aspectos críticos de la administración del departamento, señala que es reiterada la conducta de los gobernadores al

declarar la terminación unilateral del contrato para la distribución de licores existente e iniciar otro proceso licitatorio, lo que obviamente genera graves prejuicios para la administración (...) y mientras tanto el pasivo pensional se incrementa (...).

La procuradora hace también esta anotación:

(...) en forma discriminada se han pagado mesadas pensionales, por razones de amistad, familiaridad y por motivos politiqueros, como figura en el expediente radicado con el número 088-07184/99 (...), lo que según declaración rendida por la tesorera departamental se debió a que la esposa del pensionado pertenecía a la administración departamental y ordenó que la sacaran de la nómina y le hicieran nómina aparte para pagarle.

El director ejecutivo de la Federación Nacional de Departamentos, al dar respuesta al cuestionario que le fue enviado, entre otros aspectos, se refiere al pasivo de las pensiones, extendiendo su análisis al conjunto de entes territoriales en todo el país, evidenciándose en su informe la aguda crisis macroeconómica de la seguridad social

que, como bien se sabe, es uno de los derechos consustanciales a una fórmula política como la del artículo 1º de la Constitución Política. No es aceptable, en términos de mínima racionalidad, que en asuntos cruciales de la organización de un Estado moderno se pueda presentar un grado tal de imprevisión en los órganos legislativo y ejecutivo. Nuevamente aparece visible la notoria contradicción entre lo pretendido en la acción de tutela y las posibilidades concretas de su cumplimiento. En bien de la fidelidad de la prueba que da soporte a estas apreciaciones, transcribo la parte pertinente:

Expresa que el Gobierno Nacional calcula el pasivo pensional de los entes territoriales, con estudio actuarial, “en algo así como el 38% del PIB”, suma sobre la que señala que es descomunal y que no sólo es inatendible por los entes territoriales, sino que tendría la virtualidad de desestabilizar las finanzas nacionales. Afirma que la Nación, los Departamentos y Municipios se han unido para encontrar una salida a esta situación “que resulta de la acumulación de toda suerte de imprevisiones y carencias”. Al respecto, anota que “se ha estructurado un proyecto de ley que crea el Fondo de Pensiones Regionales, con ingresos frescos, que permitan en el mediano tiempo responder a este compromiso fundamental de la administración pública”. Finalmente, añade que si se ordenara a través de una sentencia de tutela el pago total de la deuda pensional “se estaría dando lugar a un caos fiscal, que profundizaría el conflicto aún más y, por imposibilidad de cumplir el mandato judicial, daría con la mayoría de los Gobernadores en la cárcel, sin ningún beneficio para el derecho que se pretende proteger.

En sus fundamentos jurídicos la Corte Constitucional reitera que su jurisprudencia sobre el pago de pensiones ha sido ya muy decantada en cuanto al punto esencial que debe definirse, es decir, si el derecho a la seguridad social puede adquirir el carácter de fundamental cuando se pone en peligro el mínimo vital de los jubilados, ya que resultarían comprometidos los derechos a la vida o a la salud. La respuesta es positiva, aún existiendo la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva.

El segundo punto, que demanda un amplio y bien documentado análisis de la Corte Constitucional, es el atinente a la situación financiera del Chocó, que en bien de la brevedad podría resumirse así: a) La Contraloría General de la República, como era obvio, concluye que en las actuales circunstancias *el Departamento no está en condiciones económicas y financieras de cumplir con el pago de las pensiones atrasadas*” y no es viable acudir al crédito, ya que dicha posibilidad “le está negada en la práctica, dado su déficit estructural. b) El Departamento Nacional de Planeación reitera que el déficit es estructural y explica, a manera de ejemplo, que en 1998 *la relación gastos de funcionamiento/ingresos propios fue de 1.82, lo que significa que por cada peso generado, el departamento se gastó 82 centavos adicionales en funcionamiento, casi el doble.* c) El Ministerio de Hacienda asevera que *el Chocó se haya sumido en una profunda crisis económica*, y luego precisa que *esta situación es compartida por la gran mayoría de los departamentos* y d) La Corte Constitucional señala ejemplos más sobresalientes sobre el desarreglo administrativo que experimenta el departamento y cita el caso de una cesantía que se adeudaba y que fue vendida por su beneficiario *por cerca de \$1’300.000 y luego cobrada judicialmente.* Como la ley 244 de 1995 consagró una sanción moratoria por la no cancelación oportuna de

esta prestación, esa norma legal originó que, en el caso comentado, el comprador de la cesantía recibiera por orden del poder judicial la suma de \$25'.089.559 para 1998 y para 1999 la suma de \$7'129.000. Lo más insólito es que el pago se “hace por descuento directo en una empresa productora de cerveza”, y según las palabras de la Corte *El departamento no conoce finalmente cuánto va a pagar por esa cesantía*⁷⁷.

Las fuentes probatorias que se han citado no pueden ser más calificadas: Procuraduría General de la Nación, Contraloría, Ministerio de Hacienda, Federación Nacional de Departamentos, Gobernadores..., además de haber sido objeto de examen por el más calificado juez constitucional. De esta manera se pretende lograr la mejor aproximación posible a un análisis objetivo de la hipótesis de trabajo.

Del informe del Director ejecutivo de la Federación Nacional de Departamentos se deduce, con evidencia, que el punto esencial de carácter económico es generalizado, ya que, como se había dicho, el propio Gobierno Nacional calcula “en algo así como el 38% del PIB” el pasivo pensional de los entes territoriales. Además, de lo anterior, lo afirmado por el Ministerio de Hacienda ilustra elocuentemente el nivel de irracionalidad de la administración pública en un punto tan sensible al Estado Social de Derecho como lo es la seguridad social que constituye, en últimas, su razón de ser.

⁷⁷ Es muy ilustrativo conocer con más detalle parte del documento del Ministerio que transcribe la sentencia: “13. El Ministerio de Hacienda confirma que el Chocó se halla sumido en una profunda crisis económica. Asevera que esta situación es compartida por la mayoría de los departamentos, pero aclara que Chocó se encuentra entre los cuatro departamentos más afectados por esta condición^[5], departamentos en los que se presentan todos los indicadores de la crisis fiscal—aborro corriente negativo durante dos años continuos, sobreendeudamiento de la entidad territorial y baja capacidad fiscal—, y que “son sin duda los casos más complejos pues combinan problemas estructurales como el de la débil capacidad de generación de ingresos propios con problemas de deficiente manejo administrativo”.

En su intervención ante el Foro Nacional de Secretarios de Hacienda Departamentales, en febrero de 1999, [6] el Ministro explicaba que la crisis económica general de las entidades territoriales se manifestaba en el hecho de que, actualmente, “departamentos como Nariño, Chocó, Putumayo, Cauca, Caquetá, Tolima, Norte de Santander, Huila y Atlántico dedican la mayor parte de los ingresos corrientes al pago de las mesadas pensionales, y algunos de ellos se enfrentan todos los meses al dilema de pagar los salarios a sus funcionarios activos o pagar las mesadas a los pensionados, porque sus ingresos corrientes no les alcanzan para las dos cosas, y mucho menos para aprovisionar estas obligaciones de modo que puedan ser atendidas en el futuro.” Asimismo, afirmaba que en ese momento, 14 departamentos registraban atrasos en la cancelación de las mesadas pensionales, en desmedro de más de 18.000 pensionados y por sumas que superaban los 35.000 millones de pesos. En aquella ocasión, el Ministro resaltaba que el caso más dramático era el del Chocó, que había dejado de cumplir con el pago de 33 mesadas, seguido por el de Magdalena, con 25 mesadas atrasadas, Bolívar y Cauca, con 5, y Nariño y Guainía, con 3. Si bien, de acuerdo con las cifras de julio de 1999 que fueron remitidas por el Ministerio en respuesta al segundo cuestionario, la situación mejoró en algunos departamentos, en el caso del Chocó la mora en el pago se ha agudizado, pues para ese mes ya adeudaba 39 mesadas. (...)

18. De la misma manera, todo indica que la administración departamental tenía una planta de personal sobredimensionada en relación con las necesidades del departamento. El Ministerio de Hacienda manifiesta que, a principios de esta década, el departamento contaba con 1.000 servidores, cifra que se reduciría a 600 para 1995 y que para finales de 1998 sería de 100, el número de empleados que realmente se requeriría, de acuerdo con los datos del mismo Ministerio. Al margen de las discusiones que se pueden dar acerca de cuál debe ser el papel del Estado en la sociedad y cuál su función como generador de empleo e impulsor del desarrollo, lo cierto es que el alto número de funcionarios significaba una erogación cuantiosa para el departamento^[17].

Las reflexiones anteriores dan una idea de los costos de transacción originados en la irracionalidad e ineficiencia de la administración pública. Si a lo anterior se agrega la inflación jurídica, la impredecibilidad en las decisiones judiciales y las frecuentes reformas al orden jurídico, no parece viable exigirle a la economía resultados que permitan vivir la experiencia de una fórmula política exitosa, cualquiera que ésta sea. Según el ex ministro de Justicia Humberto Martínez N. “no cabe duda que la definición del ambiente de gobernabilidad apropiado para darle sustentabilidad y legitimidad al modelo económico en marcha, se requiere de un orden legal justo, pertinente, eficiente, de fácil acceso y predecible”. Se ha llegado a calcular que la inflación normativa en el caso colombiano puede explicar aproximadamente el 45% de las variaciones en el crecimiento del PIB para el período 1954-1988⁷⁸. Piénsese, igualmente, lo que significa que el Contador General de la Nación halla advertido que las demandas contra el Estado ascendían a 73.3 billones de pesos para el año 2002, lo cual representa el 40% del PIB., es decir, que si tomamos sólo dos elementos de juicio como serían: el costo pensional y las demandas contra el Estado, tendríamos comprometido el 78% del PIB. La relación entre desarrollo económico e interpretación y aplicación del derecho es mucho más trascendente de lo que podríamos llegar a imaginar. De ahí, que no es nada irrelevante caracterizar una cultura jurídica como legalista, ni exagerado pensar que la fórmula política del Estado Social requiere, además de eficacia y eficiencia, óptimas facultades de derecho.

⁷⁸ Jarquin, Edmundo y Carrillo, Fernando, 1997, *La economía política de la reforma judicial*, Banco Interamericano de Desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Araujo Estévez, José A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Ed. Trotta, Madrid, 1994.
- Bastida Freixedo, Xacobe, *El Silencio del Emperador*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general de derecho*, Bogotá, Temis, 1987.
- Bolívar, Simón, “Discurso en el Congreso de Angostura”, en *Discursos, Proclamas y Epistolario Político*, Editora Nacional Madrid.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-406/1992*, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.
- , *Sentencia SU 1150/2000*, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- , *Sentencia C-074 de 1993*.
- Dahl, Robert, *La Democracia*, Ed. Taurus, Madrid, 1999.
- De Sousa Santos, Boaventura y Leitao Marques, María M., “Los Tribunales en las Sociedades Contemporáneas”, en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 4, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.
- Deutsch, Kart W., *Política y Gobierno*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976.
- Echandía, Darío, *De Marx a Hegel y Filosofía de un Cambio*, Ediciones Banco de la República, Vol. 1., Bogotá, 1982.
- García, Antonio, *Gaitán y el Camino de la Revolución Colombiana*, Ediciones Camilo, Bogotá, 1974.
- , *Dialéctica de la democracia*, Cruz del Sur, 1971.
- , *Atraso y Dependencia en América Latina*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1972.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- Handerson, James, *Cuando Colombia se Desangró*, Ancora Editores, Bogotá, 1984.
- Hart, Ely John, *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.
- Informe conjunto de la Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo. Colombia al Filo de la Oportunidad, Colección Mesa Redonda, Bogotá, 1998.
- Jaramillo, Rubén, “Recepción e incidencias del marxismo en Colombia” y “Puede haber una filosofía latinoamericana. A propósito de nuestro pasado filosófico”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Argumentos, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

- , “Puede haber una filosofía latinoamericana. A propósito de nuestro pasado filosófico”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Argumentos, Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- Jaramillo V., Rubén, “Ecos de la Revolución Francesa en nuestra historia”, en *Colombia la Modernidad Postergada*, Ed. Temis, Bogotá, 1994.
- Jarquín, Edmundo y Carrillo, Fernando, *La Economía Política de la Reforma Judicial*, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997.
- Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1952.
- Liévano Aguirre, Indalecio, *Rafael Núñez*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1977.
- López Michel, Alfonso, *Introducción al Estudio de la Constitución de Colombia*, Usta, Bogotá, 1983.
- Ocampo López, Javier, *Proceso Ideológico de la Emancipación en Colombia*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1980.
- Oquist, Paul, *Violencia, Conflicto y Política en Colombia*, Instituto de Estudios Colombianos, Bogotá, 1978.
- Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Pinilla, Campos Ernesto, “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?”, en Revista *Pensamiento Jurídico* No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1992.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 976 de abril 7 de 1997.
- Roll, David, *Un Siglo de Ambigüedad*, Universidad Nacional de Colombia y Cerec, Bogotá, 2001.
- Samper, José María, Ensayo Sobre las Revoluciones Políticas, en *Ideas en Torno de Latinoamérica*, volumen II, UNAM, México, 1986.
- , *Historia de un Alma*, Ed. Bedut.
- Siches, Recasens, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa S.A., México, 1975.
- Wolfe, Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, Ed. Civitas S.A.

