

*Ernesto Pinilla Campos **

Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado.

Constitutional legitimacy and validity in the legal and political context of an altered State

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2012

Fecha de aprobación: 5 de marzo de 2013

RESUMEN

Estas reflexiones pretenden confrontar los valores y principios consagrados en la Constitución con las realidades políticas, económicas y sociales del país. Los conceptos de legitimidad, validez y eficacia servirán de paradigma para el análisis jurídico. En el ámbito político se sostiene que el Estado Social de Derecho ha sido alterado por los señores de la guerra, la violencia, el narcotráfico, la corrupción y la cultura clientelar, todo lo cual ha producido la derrota del proyecto del Estado social que se plasmó como fórmula política de la Constitución de 1991. Metodológicamente el análisis de lo concreto, en la realidad colombiana, se ha priorizado para dar soporte a cada una de las reflexiones jurídico- sociales.

Palabras claves: Estado social, Estado Alterado, legitimidad, validez, eficacia, inequidad, narcotráfico, paramilitarismo, justicia material, violencia.

ABSTRACT

These reflections aim to compare the values and principles enshrined in the Constitution to the political, economic and social realities of the country. The concepts of legitimacy, validity and efficacy are going to serve as paradigm for the legal analysis. In politics is argued that the Social State of Law has been altered by the warlords, the violence, drug trafficking, corruption and patronage culture, all of which have produced the defeat of the project of the social State that was embodied as the political formula of the Constitution of 1991. Methodologically the analysis of the concrete, in the situation in Colombia, have been prioritized to support each of the legal and social considerations

Keywords: social State, altered State, legitimacy, validity, efficacy, inequality, drug trafficking, paramilitary material justice, violence.

* Profesor asociado Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Correo Electrónico: epinillac@unal.edu.co.

INTRODUCCIÓN

El Estado social de derecho que nace en la Constitución Política de 1991 se ha visto alterado en su naturaleza, no sólo como consecuencia de las organizaciones armadas al margen de la Ley —cuyas actividades criminales se agudizaron a partir de la década de 1980 y llegaron a la cima de su desarrollo en el último quinquenio de siglo XX—, sino, igualmente, por agentes del mismo Estado que, desde las propias ramas del poder público, desvirtuaron la esencia de sus funciones y los fines del proyecto jurídico-político que se expresa en el Estado social. Existen variadas investigaciones socio-políticas, de indudable rigor y seriedad conceptuales, que permiten sustentar la hipótesis, según la cual, el Estado Colombiano ha sido *alterado* y, en consecuencia, se hace imprescindible caracterizar, en el ámbito de la teoría del derecho, la dinámica que han ido adquiriendo los principios de legitimidad, validez y eficacia, como punto de partida para la comprensión del sistema jurídico realmente existente en la sociedad colombiana, después de dos décadas (1991-2011) colmadas de experiencias normativas que han venido desarrollando la filosofía política del Estado social en un contexto nutrido de profundas contradicciones en las cuales confluyen la violación constante de derechos humanos con la idealización de valores y principios que se han dinamizado, formalmente, a través de la jurisprudencia constitucional.

Luigi Ferrajoli¹, en el prólogo a la edición española de su obra *Derecho y Razón*, advertía el insólito papel que había asumido en Italia el derecho penal al haberse convertido en protagonista de “una crisis política e institucional sin precedentes ni parangón en la historia de las democracias modernas”, y exponía, entre otras razones: “la expansión de la ilegalidad en la vida pública que ha afectado, (...) al conjunto de los partidos, a la administración pública, al empresariado (...) y, al mismo tiempo, a extensas capas de la población ligadas al mundo de la política por tupidas relaciones clientelares e implicadas de distintas maneras, por conveniencia o incluso sólo por resignación, en la práctica de la corrupción. Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia (...)”. Hace tres lustros, cuando Ferrajoli escribía su prólogo, en Colombia vivíamos una época no imaginada por el ilustre penalista, de la cual podría decirse, con mayor evidencia, que no tiene parangón ni precedentes en la historia de los Estados sociales de derecho, ya que, en Colombia, dicho proyecto jurídico-político, fue proclamado en medio de la precaria legitimidad del Estado, el desplazamiento forzado de miles de personas, la opulencia desafiante de una minoría y la violación sistemática de los Derechos Humanos.

¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p.9.

Además, de las circunstancias anteriores, deben añadirse tres fenómenos, de los cuales, dos de ellos (la globalización y el constitucionalismo) han afectado a la gran mayoría de los Estados occidentales y, el otro, que ha sido característico de nuestra historia: la desigualdad manifiesta que ha colocado a Colombia, según análisis recientes, en el tercer lugar de las naciones más inequitativas del mundo, situación que pugna con los valores de justicia e igualdad que posibiliten un orden político, económico y social justo que predica el preámbulo de la Constitución. A los veinte años de vigencia de la Carta Política de 1991, existen circunstancias fácticas y jurídicas que han producido un estado de cosas inconstitucionales que han alterado el proyecto jurídico-político del Estado Social de Derecho creado en la Constitución de 1991.

1. LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA EN EL CONTEXTO DEL PROYECTO JURÍDICO-POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En sus reflexiones sobre el poder y el derecho, Norberto Bobbio² ha indicado que la legitimidad se refiere al título del poder y la legalidad al ejercicio del mismo. La legitimidad del Estado colombiano ha sido objeto de justas críticas, algunas de las cuales provienen de las mismas autoridades públicas, como podría constatarse, por ejemplo, en las sentencias de octubre 9 de 1990 de la Corte Suprema y C-544/92 de la Corte Constitucional. El nivel de legitimidad que se predique de un Estado, obviamente afectará la validez del orden jurídico en su conjunto.

En el ámbito nacional existen muy variadas reflexiones sobre la legitimidad. Guillermo Hoyos V., por ejemplo, en su ensayo: “Ética discursiva, derecho y democracia”, explica como: “Una racionalidad comunicativa, pretende poder avanzar con base en razones y motivos, y lograr acuerdos tanto en lo relacionado con el mundo objetivo, la cultura y la ciencia, como con el mundo social, la moral, la política y el derecho (...) El acuerdo que se logra a través del reconocimiento de las diferencias es el sentido fuertemente positivo de la racionalidad comunicativa y el que da validez y vigencia a las normas que de allí puedan seguirse, y estabilidad a los procesos sociales que se regulen por dicha normatividad”. Y, fundamentado en Habermas, agrega: “Para la democracia sólo pueden reclamar legitimidad las leyes que al establecerse legalmente en un proceso discursivo pueden encontrar acuerdo entre los asociados”³. Se ha predicado que aquellos acuerdos adquieren legitimidad si se han desarrollado en condiciones plenas de libertad de los sujetos hablantes, de

² Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y fundamentos del poder político*, México, Ed. Grijalbo, 1984, p.30.

³ Hoyos Vásquez, Guillermo. *Ética discursiva, derecho y democracia*, en Motta, Cristina, (editora), *Ética y conflicto*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1995, pp. 56,59.

posibilidades de exponer todos sus argumentos y de controvertir los contrarios. Estas condiciones de legitimidad y validez deben analizarse recurriendo a la interpretación de lo razonable entendida en el sentido expuesto por Recasens Siches⁴, por cuanto, las condiciones ideales siempre serán esquivas en las controversias político-sociales concretas⁵. La legitimación quedaría inmersa en un proceso de comunicación en busca del entendimiento, y como discurso práctico “la legitimidad presupone la idea normativa de una argumentación libre de toda coacción externa, en la que se ponga a prueba la validez de los fundamentos del poder”⁶.

En la situación política y social que ha vivido Colombia en las cuatro últimas décadas se hace evidente la pérdida de legitimidad en el ejercicio del poder y, consecuentemente, la crisis de validez del orden jurídico en conjunto. La investigación de estos fenómenos debe ser respaldada en situaciones y comportamientos concretos en el contexto de la realidad colombiana.

Tomando como punto de referencia la historia colombiana a partir de la década de 1970, se podrán confrontar las condiciones sociales existentes para la pureza del dialogo y los consensos, y así analizar la legitimidad y validez institucionales en su conjunto. Muy buenos y variados estudios existen sobre el particular, recorro a las investigaciones de Marco Palacios, entre otras, a fin de identificar, en concreto, en la historia de Colombia, las circunstancias pertinentes. De sus investigaciones, acerca de la legitimidad y la violencia, resultan manifiestas las causas que explican la debilidad de nuestras instituciones: violencia persistente, corrupción, ausencia de partidos políticos modernos, cultura política clientelar, etc. Para el período que aquí se estudia, Palacios precisa: “El pacto constitucional [se refiere al Frente Nacional] produjo más apatía y abstención electoral y, ante la ausencia de controversia ideológica y de oposición viable, se refinaron los mecanismos politiqueros y clientelares. La corrupción no fue ajena al desgaste del sistema (. . .) Desde la década de 1970 sobrevino una aguda crisis de legitimidad, agravada en la década siguiente por los escándalos financieros, la emergencia del narcotráfico y el fortalecimiento de la guerrilla”⁷. En la investigación realizada por la Universidad Nacional, en la cual se analizan los problemas básicos del país, elaborando un detenido análisis respecto a: el subsistema del conocimiento, la descomposición social, la baja cobertura en educación, el atraso tecnológico y científico y los subsistemas políticos, económicos y sociales. En el estudio se precisan las causas de la crisis de legitimidad y gobernabilidad que, en lo sustancial son coincidentes con los

⁴ Recasens Siches, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa S.A. 1975, pp. 641-654.

⁵ Serrano Gómez recuerda que: “El propio Habermas afirma que el discurso es una forma de comunicación infrecuente o rara, por tratarse de un proceso que ha de aproximarse suficientemente a condiciones ideales” Serrano Gómez, Enrique. *Legitimación y racionalidad. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Ed. Antropos, 1994, p.145.

⁶ *Ibid.*, p. 146

⁷ *Ibid.*, p. 240.

análisis de Marco Palacios⁸. La Sociedad Colombiana de Filosofía, al reflexionar sobre la crisis que ha venido afrontando el país en las décadas recientes, manifestaba que “los colombianos que trabajamos en el campo de la filosofía sentimos que el país se está hundiendo día tras día en un abismo de violencia, de injusticia y de irracionalidad”. De los diferentes ensayos publicados en “La filosofía y la crisis colombiana”, podría extraerse algunas conclusiones que, sin duda, están relacionadas con la legitimidad: (i) Pervive en la conciencia colectiva un rechazo a la normatividad. “La experiencia histórica de extrañeza frente a la ley se conserva aún hoy en la conciencia ciudadana. Es así como la moral —entendida, en el sentido de Tugendhat, como la capacidad de entendernos moralmente— y el derecho no han podido echar raíces en nuestro medio. Ellas son reemplazadas por la política y a guerra, santa o civil”. “El déficit de legitimidad política del Estado no puede, sin embargo, superarse mediante el déficit de legitimidad política de los grupos armados, así ello intente remediarse mediante la invocación de la importancia de sus fines: la lucha por la justicia social y contra la discriminación y el terrorismo de Estado⁹” Es decir todos los medios justifican el fin. (ii) El sentido de lo público y del interés general no ha prevalecido en el ejercicio del poder, por ello éste ha perdido legitimidad. Con sus actos de gobierno los elegidos se han alejado de la búsqueda del bien público y general. “La búsqueda del poder se ha concebido abiertamente en Colombia como búsqueda de aumento de la influencia y del patrimonio personales” lo cual ha repercutido “en el desprestigio y deslegitimación de los métodos democráticos para alanzar y ejercer el poder”. Por todo ello, “en Colombia casi nada está ligado a la construcción de la *res pública*”¹⁰ (iii) En la pérdida de legitimidad el fenómeno más deplorable es el conocido como autodefensa. La persistencia y la prosperidad de este fenómeno “son la más clara muestra del fracaso colombiano en la construcción de una *res pública*”¹¹. Lo dicho en relación con la crisis de la legitimidad, se ampliará con el análisis de situaciones concretas que dan soporte al acápite de la Captura del Estado.

2. DINÁMICA DEL CONCEPTO DE VALIDEZ

Resulta de interés reflexionar sobre la dinámica que ha adquirido el principio de validez en el contexto jurídico-político de una sociedad cuyo Estado ha sido Alterado. Dicha dinámica impone un análisis interdisciplinario: la

⁸ Amaya Pulido, Pedro José (director proyecto). *Colombia un país por construir*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000, p. 61i.

⁹ Arango, Rodolfo. “*La responsabilidad colectiva ante la crisis moral y política colombiana*”. En Sierra Mejía, Rubén y Gómez Müller, Alfredo (editores). *La filosofía y la crisis colombiana* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sociedad Colombiana de Filosofía y Taurus, 2002, pp. 17,18.

¹⁰ Hoyos, Luis Eduardo. “*Violencia*”. En Sierra Mejía, Rubén y Gómez Müller, Alfredo (editores). *La filosofía y la crisis colombiana* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sociedad Colombiana de Filosofía y Taurus, 2002, pp. 95- 97.

¹¹ *Ibid.*, pp. 97-98.

teoría jurídica inmersa en los conflictos sociales, políticos y culturales. En el ámbito de lo jurídico se tendrá como parámetro la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de manera preferente cuando, al decidir las acciones de tutela, se ha visto obligada a desentrañar conflictos muy concretos de nuestra realidad social, reconociendo, en significativos e innumerables casos, la ineficacia del Estado y la violación recurrente de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En el campo socio-político, en las últimas tres décadas, estudiosos de la realidad colombiana han realizado excelentes investigaciones que brindan sólidas bases que permiten caracterizar las relaciones sociedad-derecho y, en consecuencia, la validez intrínseca del orden jurídico. Se aspira, en todo instante, a realizar el análisis de lo concreto en el período comprendido entre 1980 y 2012.

Como bien se sabe, el concepto de validez ha sido, quizás, el más ampliamente debatido en la teoría del derecho, ya que, en esencia, de lo que se trata es de justificar el por qué la norma jurídica debe ser obedecida, así como, la legitimidad de su primera causa y, por consiguiente, se hace inescindible de la reflexión sobre “el valor que sustenta la validez”, problemática cuyo nacimiento se confunde con el de la filosofía misma. Los límites de este breve ensayo, sólo permiten reflexionar acerca del principio de validez teniendo como punto de referencia la Constitución de 1991, suponiendo, por razones metodológicas, su legitimidad. Aceptamos el sistema jurídico vigente ¿Acaso porque sus destinatarios hicieron parte del proceso de su creación? ¿Podría justificarse por el solo hecho de haber nacido con base en otra norma cuya validez debe suponerse? ¿O porque, sin interesar su origen, el contenido material de dicho orden normativo lo aceptamos como intrínsecamente justo? ¿O bien por qué el comportamiento de la sociedad es coincidente con los fines esenciales del orden jurídico como un todo y, si es así, dicha eficacia es la razón más poderosa que fundamenta su validez? La controversia histórica ha oscilado alrededor de múltiples interrogantes. La validez, como bien se ha analizado en la doctrina, puede ser concebida desde una óptica estrictamente jurídico formal o bien recurriendo a la reflexión filosófica, sociológica o política. Existe, acerca de este particular, amplio consenso en cuanto debe distinguirse la validez formal o estrictamente jurídica, de la sustancial, material o intrínseca. Es imperativo, para lograr dilucidar esta problemática, recurrir al contexto interdisciplinario, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (i) El periodo histórico en el cual se analiza el concepto, (ii) el grado de legitimidad de quien ejerce el poder y su sometimiento real, para el ejercicio del mismo, al principio de legalidad, (iii) las relaciones de mayor o menor coherencia entre el ser social y el deber ser que se expresa, esencialmente, en la fórmula política y en los valores y principios consagrados en la Constitución, es decir, la situación de equilibrio o pugna entre validez y eficacia, (iv) las múltiples modulaciones jurídicas que, de manera inevitable, van burilando la validez en un determinado sistema normativo.

2.1. El sistema jurídico colombiano y la dinámica de los valores

Ha enseñado la jurisprudencia que la Constitución Política no sólo es un catálogo de reglas sino que ella obedece a una axiología claramente definida de manera especial en su Preámbulo, el cual tiene valor normativo, y en él expresamente se mencionan valores como: el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia, etc. Es clara pues la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda acerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado. Esta realidad ha sido admitida sin ambages por la jurisprudencia¹², que en lo que concierne a la fuerza normativa de las disposiciones superiores que consagran valores o principios, ha dicho lo siguiente:

“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico¹³ pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política” (C-1287/01).

En la jurisprudencia colombiana no existe duda alguna sobre el valor normativo del preámbulo de la Carta Política y la misión que encarna en la estructura del Estado de derecho, ya que “incorpora los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico” y, por tanto, podría decirse que es el alma hermenéutica del mismo:

“El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas” (...) Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan (...) Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente,

¹² Sobre la naturaleza jurídica de los valores y principios constitucionales, pueden consultarse, entre otras, las sentencias: T-406 de 1992 y C-546 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita, T- 079 de 1995, C-690 de 1996 y C-126 de 1998, magistrado ponente Alejandro Martínez C.

¹³ R. Dworkin., *Questioni di principio*; Il Saggiatore, Milano, 1985, pp.. 5 y ss

toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios” (C-479/92 y C-477/05)

Las reflexiones transcritas de la Corte Constitucional permiten vislumbrar la notable trascendencia que adquieren los valores consignados en el preámbulo para el entendimiento de nuestro sistema jurídico, de manera particular, cuando se pretende hacer un juicio sobre el concepto de validez en el contexto de un Estado social de derecho que ha sido notablemente Alterado, como se explicará en líneas posteriores.

2.2. Dinámica de los valores y el principio de validez

La controversia acerca del concepto de valor se confunde con la historia misma del pensamiento filosófico, el cual ha producido las más variadas y contradictorias tesis sobre el particular. Y en lo atinente a la Teoría del derecho, bien puede decirse que el concepto de validez resulta inseparable del significado de justicia que todo orden jurídico pretende realizar. La distancia infinita entre lo absoluto y lo relativo es el punto neurálgico que separa a los pensadores que han intentado descifrar la problemática del valor por excelencia como es la justicia. El historicismo filosófico, por ejemplo, predica que la verdad y el valor son hijos de su tiempo (*veritas et virtus filiae temporis*) por lo tanto, la ética, el derecho, las ideologías o la verdad son producto de una determinada época, civilización o circunstancias, por consiguiente, ese relativismo conduce a negar la existencia de verdades y valores absolutos y supra-históricos¹⁴. En el extremo opuesto estaría la concepción de naturaleza humana universal e inalterable y de un derecho inherente a ella. Pero, desde luego, que el concepto de naturaleza no ha sido ajeno a múltiples interpretaciones. Ese derecho natural, a su vez, ha sido objeto de aguda crítica por el positivismo. Lúcidamente advirtió, que podría objetarse, que la conciencia humana “no se dé por satisfecha con una justificación condicional, es decir, relativa”, sin embargo, la historia de la razón humana nos enseña, “que ésta no puede satisfacer la exigencia de una justificación absoluta que tiene nuestra conciencia, y esto explica la validez de los valores absolutos. El absoluto y los valores absolutos sobrepasan el alcance

¹⁴ Stern, Alfred. *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp.161 y ss.

de la razón humana, para la cual sólo cabe una solución condicional y relativa para el problema de la justicia como justificación de la conducta humana”¹⁵. El derecho natural teocrático, que prevaleció en la edad media, fue desbordado por los descubrimientos científicos del renacimiento y el impacto de la reforma, según lo recuerda Alfred Stern, quien además precisa que “La restauración de la filosofía estoica en el siglo XVIII puede explicarse por el hecho de que ofrecía un sistema moral universal, un “derecho natural” que todas las sectas y todos los países de Occidente podían aceptar. En esta renovación del estoicismo las ideas de la dignidad humana y de los derechos racionales y naturales del hombre sustitúan a los dogmas religiosos”. Es prudente advertir que, ese derecho natural racional, no penetró en igual medida en aquellas naciones que nunca hicieron la revolución científica y que no han tenido la experiencia histórica de la reforma protestante ni de la disidencia religiosa, como sería el caso de la nación colombiana, particularidad que sin duda ha marcado nuestra historia institucional.

El brevísimo bosquejo, antes expuesto, nos permite refrescar aquí la densa polémica que está inmersa en el concepto de validez que nos conduce al interrogante: ¿Y por qué debemos obedecer las normas de un determinado orden jurídico?

Kelsen, en su Teoría General del Derecho y del Estado, precisa: “La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello”. Desde luego que dicho concepto conduce a un círculo vicioso, pues la regla, que da soporte a la creación de la norma, supone implícitamente su propia validez. Esta sería la reflexión más auténticamente positivista, punto en el cual habría coincidencia con el pensamiento de Bobbio. Recuérdese que el notable maestro, autor de la Teoría Pura del Derecho, criticó la posibilidad humana de conocer lo justo en términos absolutos y, por el contrario, fue un sólido y riguroso exponente del relativismo valorativo. La validez que fluye del pensamiento kelseniano es eminentemente formal. La justicia en sentido sustancial estaría ausente en dicha concepción de validez, es decir, el extremo opuesto a la idea rectora que fluye el derecho natural teológico. Cuando la validez se circunscribe, dentro de lo estrictamente jurídico, todo se concreta en establecer si la norma tuvo origen en el órgano previsto en el orden legal de que se trate y con estricto apego a los procedimientos en él establecidos. En la orilla opuesta se encuentran las diversas concepciones naturalistas: biológicas, teleológicas, racionalistas y panteístas, cuya coincidencia, según lo precisa García Maynez, radica en considerar el derecho válido en sí y por sí, es decir, de manera objetiva. La obligatoriedad del derecho radica en el

¹⁵ Kelsen, Hans. *Qué es justicia?*, Barcelona, Ed. Ariel, 2001, p.45

valor intrínseco de sus preceptos¹⁶. Alexy, al reflexionar acerca del “concepto semántico norma”, analiza la vinculación entre las cuestiones semánticas y las de la teoría de la validez, precisando que por ésta “habrá de entenderse una teoría que proporciona criterios para saber cuándo una norma es válida”, lo que conduce a establecer esos tipos que darían lugar a tres teorías: a) la sociológica, en la medida en que se incorporan hechos sociales como la “obediencia habitual, vinculada con un sentimiento de obligatoriedad o la alternativa de la obediencia o la aplicación de una sanción en caso de desobediencia”, b) la teoría jurídica de la validez, “En la medida en que se menciona la imposición por parte de una autoridad autorizada por una norma de grado superior” y c) la teoría ética que se identifica con un fundamento moral, citando como ejemplo una “ley natural”.

En sus reflexiones sobre este mismo particular, Francois Ost y Michel van de Kerchove¹⁷, definen la validez “como la cualidad que se imputa a la norma de la que se reconoce, con base en diversos criterios, que tiene los efectos jurídicos que sus autores pretenden atribuirle o que sus destinatarios están de acuerdo en reconocerle”. Y, en seguida hacen esta precisión: “Se dice que es válida la norma de la que se establece, por ejemplo, que se conforma a las exigencias, tanto materiales como formales, fijadas por un sistema jurídico dado: ella debe presentar sus efectos, debe ser ejecutada. Se considera que la orden, la prohibición, el permiso, o simplemente la calificación que ella expresa debe imponerse”. Según los citados autores, en algunas circunstancias la validación se produce, “a pesar de una irregularidad formal, de acuerdo con valores jurídicamente reconocidos”, así, por ejemplo, es viable que se acepte la validez, para garantizar la seguridad jurídica, de los actos emanados de un funcionario de hecho. Dentro de esta concepción se prioriza la relación entre validez y eficacia muchos más que validez como obligatoriedad.

En el denominado realismo jurídico, la validez adquiere un sentido muy distante de los anteriores, pues el concepto de derecho varía en la citada escuela, ya que en ella, el entendimiento que se tiene de “derecho” no se relaciona tanto con norma jurídica como con comportamientos¹⁸.

En el ámbito de las teorías “consensual discursivas” este concepto adquiere una dinámica profundamente democrática. Habermas, por ejemplo, ha precisado que “son válidas aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por aquellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. El propio autor concreta así los términos

¹⁶ García Maynez, Eduardo. *La definición del derecho*, México, Universidad Veracruzana, 1960, pp. 47 ss.

¹⁷ Ost, Francois y van de Kerchove, Michel. *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001, pp. 171-172.

¹⁸ Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2000, p. 22.

de su pensamiento: Por afectado debe entenderse “a cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas”. Y luego, aclara que por “discurso racional” se quiere significar: “toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones. (...)”¹⁹.

2.3. Tropiezos de la validez al nacer la Constitución de 1991

En el sistema jurídico colombiano, para comprender cabalmente el concepto en estudio, se hace imperativo recurrir al sistema de fuentes, siguiendo las enseñanzas de las Altas Cortes; tarea compleja e incierta debido a los continuos sobresaltos de las condiciones sociales que, como fuentes materiales, determinan el rumbo de la interpretación y aplicación del sistema normativo. Además de lo anterior, son evidentes las constantes reformas a la Carta Política que, junto a la dinámica jurisprudencial, van modificando los referentes de validez del sistema.

En doscientos años, mirados globalmente, hemos tenido numerosas constituciones y cada una de ellas con características tales, en su origen, que no sería posible identificar el proyecto histórico-político de la nación colombiana. En todas ellas se plasmaron valores que nunca llegaron a penetrar las estructuras sociales realmente existentes, es decir, que de aquellos variados proyectos políticos quizá no podría afirmarse que alguno de ellos hubiese logrado tal eficacia que a través de ella hubiere sido posible fundamentar la validez jurídica del mismo.

La jurisprudencia constitucional colombiana, en muy diversas circunstancias, ha tenido la oportunidad de reflexionar acerca del principio citado, siendo prudente advertir que el lenguaje de nuestras Cortes no se ha caracterizado por su claridad, ya que los términos validez, legitimidad y eficacia han sido utilizados con notable imprecisión conceptual.

Por su trascendencia, sea lo primero rememorar las sentencias de octubre 9 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Hernando Gómez O. y Fabio Morón D., que estudió los límites del poder constituyente primario y permitió la convocatoria de la Asamblea Constitucional, así como la C-544 de 1992, de la Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez, que en su análisis hizo

¹⁹ HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 172-173.

referencias de singular importancia en relación a la validez de la Carta Política de 1991. Para guardar la máxima fidelidad a lo dicho por las Cortes, se hace imperativa la transcripción textual de aquellos apartes que permiten analizar el principio de validez, objeto de este breve ensayo.

La sentencia de octubre 9 de 1990. Esta sentencia se constituye históricamente en la decisión jurídica más trascendental desde el plebiscito de 1957, por cuanto en ella, la Corte Suprema de Justicia, desplazando las normas que de manera expresa regulaban su competencia, abrió el camino a la Asamblea Constituyente que profirió la Carta Política de 1991²⁰. En dicha sentencia se estudió la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, cuyo artículo 1º decía: “Mientras exista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, la organización electoral procederá a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional”. Para el cabal entendimiento del concepto de validez que emana de esta providencia, deben resaltarse los siguientes aspectos: (i) El último estado de sitio había sido declarado por medio del Decreto 1038 de 1984, es decir, que el país había completado 6 años en dicha situación que, por su misma naturaleza, debía de ser excepcional y transitoria. Durante el siglo XX el país vivió en estado de sitio durante largos períodos, quizás mucho más extensos que los de precaria normalidad institucional. (ii) sin duda, el país estaba viviendo una década de violencia extrema y el Estado se encontraba al borde del colapso, como lo reconoció el mismo Decreto 1926, antes citado, (iii) La misma Corte Suprema en sentencia de mayo 24 de 1990 había reconocido que “las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tiene que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido *per se* en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas (...)” (iv) El artículo 218 de la Constitución entonces vigente consagraba de manera expresa e inequívoca que “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el congreso en sus sesiones ordinarias (...)”. Y el artículo 13 del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957 que había ratificado la

²⁰ Para la comprensión de la validez del proceso histórico de la Constituyente, podría compararse el Auto 03 de 1991 y la sentencia de octubre 9 de 1991. En el ensayo titulado “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana? Se hizo una reflexión similar y se transcribió el citado Auto N° 03 de 1992, providencia en la cual, se rechazaron las demandas que pretendían la inconstitucionalidad de la nueva Carta Política. En la citada providencia se hizo esta afirmación histórica para la comprensión de la norma superior de 1991: “En este orden de ideas, la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza jurídica era fáctica, pues provino de un hecho político fundacional, más no jurídico. Ella actuó no por orden de la Constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera de ella, contra ella, por disposición directa del pueblo en un período de anormalidad constitucional”. **Esta decisión del máximo juez de la Carta Política descalifica la juridicidad de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sent. No. 138 de oct. 9/90) que consideró ajustado a la Constitución de 1886 el Decreto por medio del cual se convocaba a una Asamblea Constituyente**

norma acabada de transcribir decía: “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”.

De manera evidente el Decreto 1926 de 1990 era inconstitucional como lo expresó, con irrefutables razones, el salvamento de voto de 12 magistrados de los 26 que conformaban la Corte Suprema. ¿Qué sucedió entonces? ¿Cuáles fueron los argumentos esenciales de la sentencia que declaró constitucional aquel Decreto que por su misma naturaleza no podía servir para dejar sin validez la Carta Política y abrir el camino para un nuevo orden jurídico? ¿Cómo se concibió el concepto de validez? La motivación de la sentencia no es un modelo de claridad conceptual ni de aplicación rigurosa de los principios que nutren las competencias en este tipo de procesos, como sería prioritariamente que dicho control debe hacerse en estricto derecho y de ninguna manera recurriendo a criterios políticos, por convenientes que pudieren llegar a ser en un cierto momento histórico. Dos argumentos parecen conformar la *ratio* de dicha sentencia. En el primero de ellos, la Corte Suprema cita en extenso a Kelsen, en uno de cuyos apartes se lee: “(...) Por lo tanto un orden normativo pierde su validez cuando la realidad no corresponde ya a él, por lo menos en cierto grado. La validez de un orden legal depende así de su conformidad con la realidad, de su eficacia”. El segundo argumento se expone así:

“Pero el asunto es de mayor calado: El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (...) Uno de esos valores es la paz; no sólo reconocido universalmente como tal, sino expresamente mencionado en el preámbulo de nuestra Constitución, que conforme dice la sentencia No. 51 de mayo 19 de 1988 (...) sirve como criterio interpretativo de sus disposiciones (...) Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990 es constitucional no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1º de diciembre de 1957, sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz (...)”²¹.

Los argumentos de la Corte Suprema ameritan algunas reflexiones críticas, por la trascendencia que históricamente adquieren, como precedente de

²¹ El historiador Marco Palacios, al analizar el proceso constituyente dice: “La clase dirigente del Estado estaba literalmente amenazada de muerte” La crisis podría explicarse por la combinación de “urbanización acelerada, “capitalismo salvaje”, corrupción política, venalidad y desgüeño administrativos”. Y, agrega: “por último, no menos importante, por la gravitación que aún tenía la violencia en la memoria y en la cultura política en muchos pueblos y veredas del país”. Palacios, *Marco. Entre la legitimidad y la violencia, Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 2003, p. 334.

eventual validez de la convocatoria a la Asamblea Constituyente que profirió la Constitución de 1991.

La cita de H. Kelsen, que relaciona el principio de validez con el de eficacia, incluido en la sentencia, debe entenderse que tenía el propósito de convalidar una de las consideraciones que motivaron el Decreto 1926, concretamente cuando expresó: "(...) No es que las instituciones se hayan constituido *per se* en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años (...)". Dicho argumento parece conducir a una conclusión absurda dentro del contexto de la sentencia, ya que, si las instituciones habían perdido eficacia, inevitablemente, según la cita de Kelsen, ese orden jurídico habría perdido validez, y de ser así, la misma Corte Suprema, como poder judicial perteneciente a ese orden jurídico, no habría tenido competencia para proferir aquel insólito fallo.

En el segundo argumento se afirma textualmente: "El derecho no pertenece al ámbito de lo lógico ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad (...) Uno de esos valores es la paz; (...). Así pues, tanto por razones filosóficas como jurisprudenciales, para definir si el Decreto 1926 de 1990 es constitucional, no basta compararlo con los artículos 218 de la Constitución y 13 del plebiscito del 1º de diciembre de 1957, sino tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz (...)". Con evidencia, el argumento transcrito desborda con creces el estricto control constitucional en derecho y ya, por fuera de él, puede desestimar el citado artículo 218 que inequívocamente era norma imprescindible para el ejercicio de las competencias del Juez constitucional. La Corte Suprema, una vez que pasa por encima de las normas constitucionales que regían su competencia e invoca un valor como la paz —tan etéreo y tan de fácil manipulación política—, logra ubicarse en el terreno de la simple discrecionalidad y, por conveniencia, decide lo que políticamente consideró como más apropiado y oportuno, desvirtuando la filosofía que debe nutrir el control constitucional. Doce Magistrados salvaron el voto, expresando razones contundentes que analizan con detenimiento las motivaciones de la sentencia; su atenta lectura es indispensable para entender la ilegitimidad de la Asamblea Constitucional, como se la denominó en el Decreto 1926, y que la sentencia la transformó en Asamblea Constituyente, es decir, en un organismo jurídico esencialmente distinto del que figuraba en la pregunta de la séptima papeleta y en el ya citado Decreto 1926. Estos son los precedentes jurídicos de la Constitución de 1991 y el registro histórico de nuestra rememorada tradición jurídica.

La sentencia C-544 de 1992. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional, como el anterior, adquiere notable relevancia por cuanto permite contextualizar históricamente la dinámica del principio de validez en el derecho colombiano.

La demanda que dio lugar a esta sentencia tenía la especial característica que en ella se estaban impugnando las siguientes tres normas de rango constitucional:

“Artículo 380 de la Constitución.- Queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación” (D-110).

“Artículo transitorio 59 de la Constitución.- La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno” (D-017, D-051 y D-110).

“Artículo 2º del Acto Constituyente N° 1 de 1991.- Los actos que sancione y promulgue la Asamblea Nacional Constituyente, no están sujetos a control jurisdiccional alguno” (D-017).

En su esencia los demandantes cuestionan la validez de la Constitución. Uno de ellos, exmagistrado de la misma Corte Suprema y reconocido tratadista, argumentó diciendo:

“Se dirá —anota el ciudadano Sáchica— que es absurdo afirmar que el constituyente violó la constitución que él mismo acababa de expedir. Pero así son las cosas en el caso que someto a su juzgamiento. La supremacía y la integridad del sistema constitucional no pueden tener baches (...) Paralizar el funcionamiento de (...) toda una jurisdicción, es un golpe de Estado.”

Otro de los ciudadanos demandantes argumentó sus pretensiones diciendo que:

“la Nación Colombiana tiene derecho a conocer y verificar qué ocurrió en la Asamblea Constitucional (sic). El espectáculo de los últimos días de sesiones en que se aprobaban artículos en serie, la promulgación de un texto inexistente y el deprimente rol del exsecretario de la Asamblea de rescatar artículos e incisos, como un mago de un cubilete... debe examinarse y establecerse a la luz de los hechos (...) Lo anterior no será posible si antes la Honorable Corte Constitucional no retira del mundo jurídico el artículo 59 transitorio.”

La Corte Constitucional fundamentará su decisión recurriendo a la causa y finalidad del poder constituyente y, en consecuencia, proferirá una sentencia inhibitoria. Piensa que el origen de la nueva Constitución está inmerso en un proceso de las últimas cuatro décadas, proceso que tendría su expresión

final en la denominada séptima papeleta que conduce a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente cuyo soporte concreto fue la votación del 9 de diciembre de 1991.

En bien de la verdad histórica y de la correcta caracterización de nuestro Juez Constitucional, debe advertirse que en su sentencia se omite —imposible que sea por olvido—, el resultado de la votación de aquel 9 de diciembre, ya que, según la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ciudadanos aptos para participar de aquella convocatoria ascendían a catorce millones y medio, y el constituyente primario de que habla la sentencia sólo asistió a las urnas en una escasa cuarta parte del mismo. Un poco más del 75% permaneció en silencio, hecho irrefutable de acuerdo con los archivos oficiales, que dejaba al descubierto el fracaso de aquel singular proceso. Hace ya una década que hicimos reflexiones mucho más detalladas y documentadas sobre este preciso antecedente²². En rebeldía contra esta verdad histórica, nuestro máximo juez constitucional, dirá textualmente que:

“La Constitución tiene como etiología la expresión del Constituyente primario del 9 de diciembre de 1.991, donde todos los colombianos tuvimos oportunidad de decir sí o no a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y además de elegir a los setenta Constituyentes comisionados. La nueva Carta pues, **se basa en un amplio consenso** pero su legitimidad se concentra en el cumplimiento de la comisión, esto es, la búsqueda de la convivencia nacional (...)” (el énfasis no es del original)

Además, de la notoria inconsistencia histórica que se acaba de señalar, la Corte Constitucional, en la misma providencia, dejará sin piso la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 9 de 1990, antes comentada. Así se infiere de las siguientes palabras:

“En consecuencia, la intangibilidad de la Constitución Política no es un golpe de Estado, **no es una brecha en el Estado de Derecho**, ya que si el Constituyente primario es capaz de dar una nueva constitución aún en contra de la anterior, como en efecto ocurrió, a fortiori puede en todo momento establecer cláusulas que garanticen la estabilidad del nuevo ordenamiento, máxime cuando éste es democrático y humanista” (negrilla fuera del texto).

La repercusión más delicada en el ámbito jurídico-político de las dos sentencias comentadas, es que ellas constituyen precedentes históricos de invaluable

²² Pinilla Campos, Ernesto, “¿Es viable el Estado social de derecho en la sociedad colombiana?”, en Revista Pensamiento Jurídico No. 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Económicas, 2002, pp. 237 y ss.

significado. En lo jurídico, el principio de validez que se encarna en el control constitucional de las leyes quedó mortalmente herido durante el tránsito de la Constitución anterior y el nacimiento del Estado Social de Derecho. Y en lo atinente a sus consecuencias políticas ¿Sería viable pensar que en cualquier momento de crisis, grupos irregulares podrían invocar para obtener sus fines en el proceso de captura del Estado, que minorías inferiores al 25% del censo electoral fueran reconocidas como constituyente primario legítimo por los jueces constitucionales?

3. VALIDEZ Y EFICACIA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Caracterizar el concepto de validez en la Constitución colombiana de 1991 implica una labor notablemente compleja. La primera reflexión necesariamente exige justificar el origen de la misma Constitución. Como se deduce con fluidez, del análisis precedente, no registra la historia que la fuente de dicha Carta Política se hubiese originado en la existencia de un movimiento revolucionario exitoso que hubiera conquistado el poder. Tampoco podría predicarse que se originó respetando claros y perentorios mandatos de la normatividad anterior, es decir, que resultaría acertado afirmar que su existencia fue producto, paradójicamente, de la violación al principio de validez que fluía sin reservas de la normatividad procedimental consagrada en el artículo 218 de la C.P., en relación con el plebiscito de 1957; sin embargo, como ya se explicó con antelación, el Juez constitucional, para llamarlo de alguna manera, consideró que dicha validez había desaparecido en razón a la ineficacia del orden jurídico entonces vigente. Por lo tanto, no queda otra alternativa que aceptar la justificación de "la fuerza jurídica de lo fáctico" que se concretó en la Asamblea Constituyente, instancia no prevista en ninguna parte del ordenamiento jurídico anterior, y aún si no se hiciera ningún reparo de carácter jurídico formal, en cualquier caso no sería posible, frente a la verdad histórica, afirmar que el pueblo masivamente se pronunció a favor de convocar la tantas veces citada Asamblea Constitucional y muchísimo menos una Asamblea Constituyente que nunca estuvo en los propósitos del pueblo, sino que se originó en la conciencia de los 14 magistrados que, con precarios argumentos, lograron la mayoría. Un verdadero consenso nunca estuvo presente en aquel histórico día.

Las circunstancias descritas, que viabilizaron en nuestro país el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, constituyen ejemplo sin igual de la compleja relación entre los principios de validez y eficacia, como lo confirma sin duda la historia de la teoría del derecho. En Kelsen, caso de excepcional importancia, por el rigor conceptual que tanto lo preocupó, dicha relación no fue paradigma de claridad. Por el contrario, es uno de los puntos más complejos y oscuros en el contexto de la abundante producción teórica kelseniana. García Amado, estudioso y autorizado investigador de la obra del maestro de

Praga, comenta sobre este particular: “De este atolladero pretende Kelsen salir mediante una distinción crucial en su obra, la distinción entre condición de validez y fundamento de validez. La eficacia es condición de validez, pero el fundamento de validez de las normas se encuentra en la norma fundamental”²³. Y se confirma la complejidad de estos principios recordando que, a sus 83 años, el excepcional pensador de la Teoría Pura del Derecho, reconocería la insostenibilidad de su tesis sobre la norma fundamental que, desde luego, incidirá en el concepto de validez:

“En obras anteriores —dice Kelsen— he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de violación. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de violación sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a esta doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma (*Sollen*) debe ser el correlato de una voluntad (*Wollen*). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe”²⁴.

La relación entre aquellos dos conceptos (validez y eficacia), se despoja de cualquier duda, cuando se produce el tránsito del Estado liberal burgués al Estado social, ya que, en el primero de ellos, los derechos fundamentales estaban orientados a la libertad o la defensa frente al poder estatal, mientras que, la filosofía inherente a la concepción social del Estado, determina que la textura abierta de las normas consagradorias de derechos fundamentales permita dar cabida no sólo a derechos de defensa sino, de igual manera, a los denominados derechos de prestación, los cuales, obviamente, requieren de la actividad positiva del Estado que se concreta en el principio de eficacia²⁵. Robert Alexy, explicando las objeciones más sobresalientes respecto a los derechos fundamentales sociales, al referirse al argumento formal lo explica así: “(...) si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento al del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo 3 LF. El punto de partida de este argumento es la tesis de que los derechos sociales fundamentales

²³ García Amado, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 1996, p.62).

²⁴ Calsamiglia, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1978, p. 123.

²⁵ En relación con lo dicho, verse: Arango, Rodolfo R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Legis, 2005

no son justiciables o lo son en medida muy reducida²⁶. Y luego, al abordar el argumento de la competencia, destaca la notable importancia del mismo por los efectos financieros que aquellos derechos necesariamente producen. Dice de manera textual: “(...) la existencia de derechos sociales fundamentales amplios judicialmente imponibles conduciría a que la política presupuestaria estaría determinada, en partes esenciales, por el derecho constitucional. Como el Tribunal Constitucional Federal tendría que controlar, la observancia de estas disposiciones, la política presupuestaria quedaría, en gran medida, en manos del Tribunal Constitucional, lo que contradiría la Constitución²⁷. La transcripción anterior era indispensable debido a la enorme importancia que ha adquirido el tema, ya que, la crisis de la Unión Europea queda vinculada a todo el sistema de seguridad social. Entre nosotros, la crisis está en marcha, acompañada del desgreño administrativo, la corrupción y la inequidad del sistema.

En la Constitución colombiana de 1991 la relación entre validez y eficacia parece estar claramente inmersa en los artículos 1° y 2° que hacen parte de los principios fundamentales incorporados en el Título I. El artículo 1° al consagrar el Estado social de derecho y el 2° al consignar que: “Son fines esenciales del Estado (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Y luego, en la misma disposición, precisa: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas (...) y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado...”

La jurisprudencia constitucional ha hecho precisiones de notable sentido al vincular, de manera inescindible, el concepto de validez sustancial con la realización de los contenidos materiales de la Carta Política. Sin duda, en la sentencia T-06 de 1992, el máximo juez constitucional logró, con excelente precisión, explicar el sentido y alcance del concepto de validez en el orden jurídico colombiano. Estas son sus palabras:

“18. La consagración en el texto constitucional de principios generales, valores y derechos en favor de las personas, ha enriquecido indudablemente su contenido material. Esto tiene repercusiones de la mayor trascendencia respecto de los actos que realizan los órganos constituidos —Congreso, ejecutivo y jueces— y sus agentes. La Constitución, en efecto, ya no agota su regulación en el sólo diseño de los órganos del estado y en la determinación del método y procedimiento para la creación y aplicación del derecho por parte de éstos. A los criterios de validez y de reconocimiento del derecho como

²⁶ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 490.

²⁷ *Ibid.*, p. 491.

derecho estatal, cometido específico de la norma constitucional, se agrega el respeto a los principios, valores y derechos consagrados expresamente por la Constitución. El contenido material de la Constitución se erige en criterio de validez del entero ordenamiento jurídico y del universo de las actuaciones de los poderes constituidos, cuya regularidad y pertenencia al derecho estatal no se cumple solamente satisfaciendo criterios orgánicos y formales. Así las leyes del Congreso, los Decretos del Presidente, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los demás jueces, entre otros actos del estado, sólo se reconocen como derecho válido del estado si además de reunir los requisitos para su producción y emanación, según criterios formales y orgánicos, respetan y se inspiran en el contenido material de la Constitución que suministra criterios de fondo para calificar desde este punto de vista la validez de los actos y abstenciones del estado llevadas a cabo por sus órganos y agentes en todos los órdenes y en sus diversas manifestaciones”(T-006/92).

Y en el mismo primer año de su producción jurisprudencial, la Corte predicó en su sentencia T-406/92:

“(…) el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”).”

Las múltiples enseñanzas que fluyen de la jurisprudencia permiten fundamentar la relación entre los principios de validez y eficacia en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano. Sin embargo, resulta de mayor trascendencia precisar el sentido y alcance que tienen los valores a partir del texto de la Carta Política de 1991, ya que éstos, seguidos de los principios, se constituyen en el referente por excelencia del control de validez del sistema jurídico en conjunto.

4. EL CONTEXTO SOCIOLÓGICO-POLÍTICO NACIONAL Y LA DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE VALIDEZ

Una de las diferencias sustanciales entre la filosofía que nutre el proyecto jurídico-político de un Estado liberal, en comparación con aquella que conforma el núcleo de un Estado social de derecho, está representada por la relación crítica entre el ser social y el deber ser que encarna el derecho. El Estado liberal es ajeno al destino de la persona en cuanto a sus posibilidades de bienestar, las cuales quedan al azar de las dinámicas socio-económicas y, por tanto, el principio de justicia material no está presente en su deber ser. Todo lo contrario acontece en los Estados sociales, ya que en éstos, el valor justicia

despliega todo su alcance para nutrir la filosofía jurídica y política de su deber ser expresada en el preámbulo y en los derechos fundamentales y sociales, y por ello, la justicia material, por ejemplo, adquiere preeminencia sobre el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad real dinamiza toda su fuerza normativa en la decisión de los jueces. La teoría jurídica, en uno y en otro caso, cambia el rumbo de su lógica, ya que las relaciones entre legitimidad, validez y la eficacia adquieren significados diversos.

Los valores y principios que surgen de un determinado sistema normativo están inevitablemente precedidos de tendencias culturales que penetran y determinan su sentido y alcance. En el caso colombiano, la historia de los dos últimos siglos, nos estaría poniendo de presente que la desigualdad, las manifestaciones violentas, el incumplimiento, la ausencia de solidaridad, así como la obsesiva ilusión de modificar la Carta Política y las leyes con la esperanza de lograr un orden justo que no hemos construido con trabajo, investigación y respeto por normas mínimas de convivencia, son fenómenos culturales que, en las últimas tres décadas, se han agudizado por la dinámica que impuso el narcotráfico, que algunos consideran como el factor más determinante en la transformación del Estado que hoy ha sido capturado por actores sociales representantes de una cultura política de origen mafioso que penetró todas las instituciones y las clases sociales²⁸ Desde luego, miles de personas sencillas y laboriosas habitan en todo el territorio, pero su proceder y ejemplo no son los que logran burilar la cultura mayor e incidir en el ejercicio del poder político y económico.

Las características socio-políticas y jurídicas más sobresalientes en el período comprendido entre 1980 y 2012, que es al que se contrae este breve ensayo, son, en nuestro criterio:

- a) El reconocimiento oficial de la ineficacia del sistema jurídico anterior a 1991 y la pérdida de su validez, reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 9 de 1990, circunstancia que dará lugar al acontecimiento jurídico más trascendental de los últimos cien años: el proceso que originó a la Constitución de 1991 y su máxima expresión en el Estado social de derecho.
- b) El protagonismo de la jurisdicción constitucional al ejercer el control de validez sobre la actividad legislativa, y la defensa de los derechos fundamentales, así como, por la actitud de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de la parapolítica.

²⁸ Palacios indica que al narcotráfico “se involucraron colombianos de todas las clases sociales”, hecho que se constata por las personas procesadas y condenas en los tribunales de Europa y Estados Unidos. Palacios Roza, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia, Colombia 1875-1994*, Bogotá, Ed. Norma, 2003, p.325.

- c) La igualdad formal y la “inequidad manifiesta” como principios rectores de las relaciones sociales, y que ha dado lugar al reconocimiento que actualmente se ha hecho a Colombia, de haber obtenido la tercera posición entre los países más inequitativos del mundo
- d) La captura del Estado. Fortaleza de los grupos insurgentes, de narcotraficantes, guerrilleros y paramilitares y las atroces manifestaciones de violencia protagonizadas por todos ellos y, en casos no excepcionales, toleradas por el Estado o con participación activa de agentes oficiales. Análisis de cada una de las características que se acaban de enunciar.

5. INEFICACIA DEL SISTEMA JURÍDICO ANTERIOR A 1991 Y TRASCENDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Con anterioridad se estudió la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (de octubre 9 de 1990), en la cual expresamente se reconoce la invalidez del orden jurídico entonces vigente por haber perdido su eficacia. Varios hechos históricos habían venido socavando la existencia misma del derecho en su conjunto. El Estado de sitio, que consagraba el artículo 121 de la Constitución derogada, era, por su naturaleza, una figura eminentemente transitoria para conjurar circunstancias excepcionales, sin embargo, la citada disposición fue aplicada durante la mayor parte de los últimos 40 años anteriores a 1991, y de manera insólita sirvió de fundamento para proferir el Decreto 2591 de 1990 que viabilizó la Asamblea Constituyente. Resulta esencial reseñar que la Carta Política de 1991 no fue producto de un juicioso consenso, sino de transacciones de los constituyentes elegidos por una minoría que no superó el 25% de quienes tenían el derecho al voto. La Registraduría Nacional del Estado Civil publicó una recopilación de documentos que ilustran históricamente los pormenores del proceso constituyente. Allí aparecen estas palabras del expresidente López Michelsen: “Frente a una minoría que sobrestimó las dimensiones de lo que podía ser el resultado de la Constituyente, se negó a creer que era una panacea y ha castigado a sus promotores con el mayor desdén electoral que haya registrado la historia política de este siglo que termina”²⁹. El antecedente histórico reseñado será de la mayor trascendencia para auscultar los niveles reales de legitimidad del Estado y la cultura democrática en Colombia.

En lo atinente al Estado social de derecho, como el acontecimiento jurídico más trascendental de los últimos cien años, debe decirse que éste nació en nuestro país en críticas circunstancias históricas de carácter político, económico y administrativo. En el mismo Decreto 1926, ya citado, se reseñaron

²⁹ López Michelsen, Alfonso. En *La 7ª PAPELETA: El país opinó, y el país la aceptó*, Bogotá, Registraduría Nacional del Estado civil, 1990-1991, p. 145.

los puntos neurálgicos de la crisis y variados estudios así lo confirman³⁰. En lo concerniente a la dinámica científica y tecnológica, no podría sino afirmarse que nos encontrábamos en circunstancias notoriamente precarias, todo lo cual no presagiaba la posibilidad de hacer realidad los valores, principios y derechos cuya validez formal resultaba inalcanzable por nuestro ser social concreto. En un breve escrito (de hace diez años) hicimos esta precisión:

“Un Estado social de derecho —concebido en los términos que lo consagra el artículo 1º. de la Constitución de 1991—, 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 y (2) que la relación sociedad-derecho esté enriquecida históricamente por la experiencia de gobernantes y gobernados de haber vivido el Estado derecho en sus manifestaciones esenciales: (a) 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 constitucionalidad”³¹.

En cuanto al nivel de cultura científica, la historia nos enseña que no poseemos ninguna sólida tradición, como se infiere de muy diversas fuentes, por ejemplo, para el año 2000 en el estudio hecho en la Universidad Nacional: “Colombia un país por construir”, se afirma: “En Colombia la capacidad para generar conocimiento e innovación científica y tecnológica es débil, desarticulada, marginal y dependiente; esto constituye el atraso científico y tecnológico (...) El 98% del desarrollo tecnológico colombiano depende de la tecnología mundial. (...) Colombia no cuenta con las capacidades para seleccionar, evaluar, negociar, adaptar, asimilar incorporar y mejorar el conocimiento que transfiere”³². La Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo puso de presente (1994) la crisis en que se encuentra el sistema de ciencia, tecnología y educación³³.

Las limitaciones en el campo de la ciencia y la tecnología inciden notoriamente en el principio de validez sustancial en los Estados sociales de derecho, ya que, por ejemplo, la vida digna, la igualdad de oportunidades, el acceso a la salud, y a los derechos sociales requieren de un avanzado desarrollo económico que

³⁰ Leal Buitrago, Francisco. *Estructura y coyuntura de la crisis política*, en Leal, Buitrago, Francisco y Zamosc, León, editores, *Al filo del caos, Crisis política en la Colombia de los 80*, Bogotá, Tercer Mundo y Universidad Nacional de Colombia, 1990, pp. 27-56.

³¹ Pinilla Campos, Ernesto, “¿Es viable el Estado Social de Derecho en la sociedad colombiana?”, en *Revista Pensamiento Jurídico* No. 15, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 247.

³² Amaya Pulido, Pedro José, Director proyecto, *Colombia un país por construir*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000, p.65.

³³ La misión estuvo conformada por Rodolfo Llinás, Eduardo Aldana, Luis F. Chaparro, Gabriel García Márquez, Rodrigo Gutiérrez, Marco Palacios, Manuel Elkin Patarollo, Eduardo Posada, Ángela Restrepo y Carlos E. Vasco.

permita satisfacer aquellos derechos, de lo contrario debemos contentarnos con la validez formal que se expresa en las hojas de papel de las constituciones y que la jurisprudencia predica a diario, con indudable sentido garantista, pero con limitadísimas posibilidades reales de transformar la vida material. La crisis de la Unión Europea nos deja ejemplares enseñanzas.

Aparte de los presupuestos, acabados de citar, que deben darse para que sea viable un Estado Social, se presentan, en el caso concreto de nuestro país, algunas circunstancias que incidían y siguen limitando el éxito del proyecto político-jurídico de 1991. Dichas circunstancias serían: a) El orden público seguía siendo alterado por grupos insurgentes con suficiente poder para desestabilizar al Estado, b) los partidos políticos habían venido perdiendo cualquier viso de legitimidad que hubieren podido tener, y de los procesos electorales sólo podría decirse que no constituían un medio legítimo de expresión democrática³⁴. El clientelismo, como cultura predominante en el ámbito político, administrativo y judicial era y sigue siendo un obstáculo para la organización racional del Estado (García: 2011). c) el atraso científico y tecnológico limitaba las posibilidades de incorporar al país exitosamente en el proceso de globalización que iniciaba su auge en el momento en que surgía el Estado social en Colombia.

A pesar de las circunstancias adversas, antes mencionadas, es indudable que a partir de 1991 se han producido transformaciones relevantes en la percepción del derecho, esencialmente por el sentido y alcance que ha producido el valor normativo de la Constitución que debe irrigar las actuaciones de los poderes públicos, cuyo ejemplo de mayor importancia, lo ha constituido la acción de tutela que ha hecho llegar el mensaje de los principios y valores constitucionales no sólo al interior de las Ramas del Poder Público, sino de igual manera al ámbito de las relaciones entre particulares. Respecto a la trascendencia de los principios, son oportunas estas palabras de la Corte Constitucional:

“Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado

³⁴ Marco Palacios, en la investigación ya citada, nos dice respecto a los partidos políticos en Colombia “puesto que no hay partidos en el sentido moderno, mucho menos al estilo de los de régimen parlamentario, éstos son sustituidos de hecho por el presidente, y su séquito, (. . .)” Y luego piensa que si llegáramos a entender los partidos “como organizaciones inspiradas por principios defendidos con convicción y lealtad, debemos concluir que no hay partidos en Colombia” *ibid.*, p. 340.

y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto". (T-406/92)

1.2. Debe destacarse que otra de las incidencias notables de la constitucionalización del derecho es la de haber repercutido en la enseñanza de las disciplinas jurídicas que, sin duda, ha tenido un giro de singular trascendencia, pero colmado de obstáculos, por cuanto supuso el tránsito del positivismo jurídico a la interpretación y aplicación del orden normativo haciendo penetrar en él los principios de fluyen de la Carta Política. Sin embargo, no todos los operadores jurídicos han participado de esta evolución. Los desencuentros entre la Corte Constitucional y las otras jurisdicciones, se han originado, precisamente, en la manera de entender el valor normativo de la Constitución.

Dentro de esta dinámica, la filosofía del derecho, ha adquirido, formalmente, un estatus significativo. Con el tiempo podrá constarse si este acontecimiento logró permear en esencia las relaciones entre sociedad y derecho o, si sólo, contribuyó a la especulación intrascendente y a la simulación cultural tan arraigadas en nuestro entorno intelectual.

5.1. Protagonismo de la jurisdicción constitucional

No existe duda alguna respecto de la incidencia positiva del valor normativo de la Constitución y de ser el referente para ir tomando el pulso al concepto de validez del sistema jurídico en su conjunto. Cientos de sentencias de control constitucional dan fe de este aserto. La acción de tutela ha sido la conquista más eficaz para lograr, en concreto, la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, el exitoso protagonismo de la Corte Constitucional, ilustra de igual manera los vicios del Congreso al proferir las leyes, las contradicciones en el seno del poder judicial y los hábitos inconstitucionales de los particulares.

En los bien documentados y juiciosos análisis de la investigación socio-jurídica de Rodrigo Uprimny, César Rodríguez G. y Mauricio García, al reflexionar acerca de "La distancia entre realidad y constitucionalismo" nos dice García: "En Colombia, por ejemplo, existen grandes obstáculos para la realización

de los postulados constitucionales. Uno de ellos es la ausencia de un Estado consolidado y con capacidad para ejercer aquello que Hobbes llamaba el *imperium* en todo el territorio nacional y respecto de todos los actores sociales”, y más adelante concluye: “La distancia entre el texto constitucional y las realidades sociales continúa siendo demasiado grande como para poder decir que Colombia es un país regido por una constitución³⁵” Esa es nuestra cruda realidad³⁶. Brillan a los ojos las contradicciones, que fluyen con persistencia, cuando se estudian los valores y principios consagrados en la Constitución y se confrontan con la conducta, no excepcional, de los poderes públicos. El Congreso, conformado por gentes sin partidos políticos que representen la voluntad popular, ha sido capturado, en proporción significativa, por políticos vinculados a grupos al margen de la ley y financiados por el narcotráfico. Fenómeno que irá cambiando la estructura constitucional y que lentamente ha ido desdibujando los principios que informaron el Estado social creado en 1991.

5.1.1. Protagonismo de la Jurisdicción Constitucional al ejercer el control de validez sobre el las leyes

En lo atinente al control constitucional de las leyes podrían citarse, como ejemplos significativos, aquellas sentencias que han limitado la tradicional actitud clientelar del Congreso cuando ha pretendido desconocer la filosofía que informa la carrera administrativa, la cual está íntimamente relacionada con el principio de igualdad de oportunidades, la racionalización y eficacia de la función pública: (C-0195 y C-514 de 1994, C-40 y 41 de 1995, T-256 de 1995, C-030 de 1997, SU-086 de 1999). En el ámbito de la función pública, el control que se ejerza respecto a la Carrera administrativa es de los más trascendentales para garantizar la validez sustancial del principio de igualdad en las relaciones de trabajo de los servidores públicos. Por su importancia ilustro lo afirmado recurriendo a algunas doctrinas constitucionales, como las siguientes:

- El Máximo juez constitucional, al estudiar las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, consideró que el Congreso había incurrido en omisión legislativa relativa al reducir la competencia de la citada Comisión

³⁵ García Villegas, Mauricio. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Ed. Norma, 2006, pp. 220-221.

³⁶ Una de las realidades más dolorosas, que sirve de ejemplo para compararla con los postulados constitucionales, está representada por el secuestro: según la revista *Semana*: el 1º de febrero de 1935, cuando aún no estaba tipificado en el Código Penal, ocurrió el primer secuestro en Colombia en una niña de tres años de edad, Elisa Eder, y tres décadas después, su padre, Harold Eder, fue objeto del mismo infortunio. Este pasaje de la historia del crimen en Colombia, analizado en el contexto de las siete décadas transcurridas desde aquél nefasto 1º de febrero, nos pone de presente la profunda ausencia de raíces éticas en el “alma nacional”. De acuerdo con *Pais Libre*, entre 1995 y 2011, 2.683 niños fueron secuestrados en Colombia. *Revista Semana* No.1562, del 9 al 16 de abril de 2012, Bogotá, p. 36.

únicamente a la “vigilancia” de las carreras específicas”. Sobre el tema precisó:

“Así las cosas, el propósito de reconocerle a la Comisión Nacional del Servicio Civil el carácter de ente autónomo e independiente, y asignarle la función específica y general de administrar y vigilar “las carreras de los servidores públicos”, se concreta en excluir o separar del manejo de dichas carreras, en cuanto a su organización, desarrollo y consolidación, a la Rama ejecutiva del Poder Público, para hacer realidad el propósito que promueve el sistema de carrera por concurso público, cual es el de sustraer los empleos del Estado de factores subjetivos de valoración, como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, que chocan con el adecuado ejercicio de la función pública (...)”(C-1230/05). Esta última alusión es estrictamente correcta en cuanto atañe a la cultura que fluye de un Estado que históricamente no ha conseguido estructurar la administración pública con mínimos de racionalidad. Los mismo vicios nos explican que en la sentencia C-195/94 la Corte Constitucional hubiese rechazado que la pretensión legislativa, en el sentido dejar por fuera de sistema de carrera administrativa a grupos de empleados que los clasifica como de libre nombramiento y remoción, con fines evidentemente clientelares. Dijo la Corte Constitucional “En virtud de lo anterior, esta Corporación no encuentra principio de razonabilidad en la disposición acusada, cuando señala que son de libre nombramiento y remoción el “jefe de oficina y los demás empleos de jefe de unidad que tengan una jerarquía superior a jefe de sección”. Estos empleos, por su esencia, son totalmente compatibles con el sistema de carrera, y su exclusión no obedece a la naturaleza de las cosas, es decir, no son esencialmente aptos para el libre nombramiento y remoción, caso en el cual prevalece la carrera administrativa como norma general.

- El ingreso automático para evadir el sistema de carrera. En variadas oportunidades ha pretendido el legislador eludir las normas sobre carrera administrativa, pretendiendo que automáticamente se logre dicha condición. En la sentencia C-030 de 1997 se hizo esta ilustrativa precisión: “En tres casos similares al analizado en esta sentencia, la Corte ha sido absolutamente clara: no puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera. Por esa razón, ha declarado inexecutable normas que permitían el ingreso a la carrera, en distintos organismos, sin mediar un proceso de selección, tales como la Aeronáutica Civil (sentencia C-317 de 1995), la rama judicial (sentencia C-037 de 1996) y el escalafón docente (sentencia C-562 de 1996). Una de las tesis básicas de la decisión es esta: “La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como

el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rija este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades”.

- En otras oportunidades, la Rama Judicial del poder público, es la que incurre reiteradamente en la misma conducta cuando ignora las calidades de un candidato para favorecer a otros sin ninguna justificación. Estos comportamientos, en el ámbito judicial, son mucho más graves, ya que los jueces no están investidos del mismo campo de discrecionalidad de que gozan las otras Ramas del poder público. La sentencia de la Corte Constitucional T-591 de 1992, M.P. Jaime Sanín G., entre otras múltiples, precisó: “La circunstancia de cumplir los requisitos legales exigidos para ser nombrado en propiedad como Magistrado por haber obtenido calificaciones satisfactorias de sus servicios por su rendimiento, calidad e interés en el trabajo, y sin embargo, no ser nombrado por la entidad nominadora, es factor suficiente para presumir en principio un trato diferente y discriminatorio en contra de la persona afectada por la medida. Si se demuestra que dicho trato diferente no está razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por violar el principio de la igualdad”
- Así mismo ha enseñado la jurisprudencia constitucional: “La provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aun cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-256 del 6 de junio de 1995. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell). Un ejemplo notable de las barreras culturales que ha tenido la carrera administrativa se ilustra con la sentencia SU-086 de 1999 en el cual la Corte Constitucional revocó once decisiones de diferentes Tribunales del país, habiendo precisado en aquella oportunidad:

“Para la Corte, y no a título de concepto u opinión, ni como *obiter dictum*, sino en acatamiento a la cosa juzgada constitucional, según lo dicho, quien ha ocupado el primer lugar en el concurso adelantado para llenar una determinada plaza de juez o magistrado, como acontece también con los empleados de la Rama Judicial, tiene un derecho de rango constitucional a ser nombrado, sin que por tanto sea legítima la decisión del nominador en el sentido de escoger, por encima del ganador del concurso, a participantes calificados con puntajes inferiores”. En la misma decisión, se recalcó el criterio según el cual: “el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales”.

Cuando la misma Rama Judicial, que debería ser paradigma de respeto por el principio de igualdad de oportunidades, es la que desconoce los derechos laborales constitucionales de sus propios funcionarios, toda el soporte ético del Estado queda en duda, y el concepto de eficacia se diluye en el capricho de muchos jueces y tribunales, todo lo cual permite afirmar que en la captura del Estado participan también los mismos servidores públicos, haciendo prevalecer intereses particulares sobre el interés general.

5.1.2. El control constitucional en concreto. La acción de tutela y el protagonismo constitucional

En lo pertinente al control constitucional concreto, las decisiones más polémicas, y con mayor incidencia en política-económica y de administración pública, han sido aquellas que tienden a proteger los derechos sociales³⁷, teniendo en cuenta el grado de pobreza y vulnerabilidad de gran parte de la población colombiana. El amparo a los derechos sociales requiere de un presupuesto esencial: la existencia de un Estado altamente organizado y eficiente en su estructura administrativa y sólido en su estructura económica. De no ser así, la lucha por los derechos sociales dará lugar a conflictos entre

³⁷ En la serie de libros de texto Jurídico-Políticos de la Universidad Nacional de Colombia, podrán consultarse las decisiones de tutela relacionadas con los derechos sociales. Torres Corredor, Hernando, compilador, el No.1 dedicado al “*Sistema de Seguridad Social Ley Básica, concordancia con jurisprudencia*”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Instituto Unidad de Investigaciones Gerardo Molina —Unijus— 2010.

el poder judicial, al resolver acciones orientadas a la defensa y efectividad de aquellos derechos, y el poder ejecutivo como garante del orden justo. La tensión entre economía y derecho es palmaria, y aún en sociedades altamente desarrolladas la balanza suele inclinarse a favor de la economía. El en caso colombiano podrían servir de ejemplo típico las decisiones que se plasmaron en las sentencias T-406 de 1992 y SU-111 de 1997. La justicia material triunfa en la primera, dejando a lado la seguridad jurídica, mientras que, en la segunda, la reflexión central se orienta a la racionalidad económica que debe preceder a ley³⁸.

Mauricio García y Rodrigo Uprimny, en su investigación acerca de “La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?” consideran que hasta 1998 la protección a los derechos sociales no produjo conflictos entre las ramas del poder público. Pero a partir de dicho año la situación varía de manera radical por cuanto las acciones de tutela contra el seguro social, reclamando protección al derecho a la salud, pasaron de 2.999 a 10.771 en 1998³⁹ y los costos se multiplicaron por tres: mientras en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por vía de tutela⁴⁰ y para 1999 el número de estas acciones se calculó en 40.000, según el mismo estudio. La evidente incidencia económica de estas tutelas determinará la reacción de ex ministros de hacienda y de expertos en finanzas públicas, según lo ilustran con detalle los investigadores citados³⁹. Si los constituyentes crearon el Estado social, lo mínimo que debieron prever era el altísimo costo que ello implicaba y, por tanto, para lograr la eficacia de los derechos sociales, inherente a este tipo de Estados, no existe otra alternativa que una política radical en la distribución del ingreso y en el gasto social, completamente compatible con los valores y principios consagrados en la Constitución.

Miles de tutelas protegiendo eficazmente derechos fundamentales de las personas constituyen prueba del propósito de hacer realidad aquellos derechos y de la eficacia jurídico formal de dicha acción pero, al mismo tiempo, por contraste, el desbordante número de acciones de tutela nos está evidenciando hasta donde existe una cultura de amenaza o violación de los derechos humanos que se invocan para su protección y amparo⁴⁰. Son ejemplo elocuente de tal

³⁸ Una obra extraordinaria, como bien la califica Robert Alexy, es la de: Arango Rivadeneira, Rodolfo: “El concepto de derecho sociales fundamentales”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Legis, 2005.

³⁹ Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio. *¿Justicia para todos?*, Bogotá, Norma, 2006, pp. 471-530.

⁴⁰ El representante de *Human Rights Watch*, en 1997, manifestó: “Desde nuestra perspectiva y con base en experiencias reales podemos afirmar que Colombia, de todos los países del continente, posee actualmente el peor y máximo record de violación a los derechos humanos. Los principales responsables son: agentes del Estado (fundamentalmente los que pertenecen a las fuerzas militares) y con ellos, los grupos privados conocidos como paramilitares que actúan coordinadamente y en complicidad con organizaciones de seguridad facilitadoras de la infraestructura militar en diferentes zonas del país”. Vivianco, José Miguel. *Violación de los derechos humanos en Colombia*, en Crisis

contradicción, entre otros muchos, las tutelas: T-025 de 2004 y SU-1150 de 2000, que han protegido, formalmente hablando, a miles de personas desplazadas, cuyos derechos fundamentales han sido lesionados como consecuencia del conflicto armado, la irracionalidad de las políticas públicas y la desidia de las entidades del Estado.

En otras ocasiones, los hechos que han dado lugar a múltiples sentencias de tutela, ponen de presente profundas inconsistencias al interior mismo del orden jurídico, lesionando de manera grave el principio de confianza legítima que protege al ciudadano frente al Estado. Sucede lo anterior, de manera elocuente, cuando se ha presentado la vía de hecho originada en la interpretación o aplicación grotesca del orden jurídico por jueces, tribunales, cortes y autoridades administrativas (T. 006/92, T-231/94, T-1306/01, SU-1185/01, T-254/06, T-430/11, etc.) podrían citarse cientos de casos, algunos de ellos, quizá los más graves, han tenido origen cuando las Altas cortes se acusan mutuamente de la violación del mismo orden jurídico, en tales eventos el concepto de validez queda abandonado al azar de las disputas internas de quienes deberían garantizar, razonablemente, el principio de seguridad jurídica que ha sido objeto de protección constitucional en un sin número de oportunidades. Es siempre necesario advertir que todas las personas deben gozar del derecho fundamental a la integridad de la Constitución. Como ejemplo, de excepcional importancia, debe mencionarse la sentencia T-1306 de 2001, que dejó sin valor una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en providencia de marzo 19 de 2002 (Rad. 13396), desconoció la orden del Juez constitucional. En uno de sus apartes dice la sentencia de la C.S. de J.: “La proliferación de tutelas contra fallos de casación, proviene de la incompreensión acerca de los cometidos institucionales a que ella corresponde lo que ha sido auspiciado por la propia jurisprudencia constitucional en una aplicación inapropiada y desintegradora del ordenamiento jurídico”. En casos como éste, que han sido muchos, es cuando el concepto de validez queda al azar de las disputas al interior de los máximos jueces del sistema jurídico. La captura del Estado, a que se ha hecho alusión, tiene también su origen en estos desencuentros, pues induce a los mismos ciudadanos al desconocimiento de las leyes⁴¹. La sentencia C-543 de 1992 declaró inexecutable, sin condición alguna, las normas del Decreto 2591 que consagraban la posibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales. El salvamento de voto es un documento histórico, ya que de él se deducen con claridad los vicios en que pueden incurrir los jueces constitucionales —en Estados de legitimidad débil— al momento de decidir. Estas palabras son elocuentes y expresan muy bien todas nuestras limitaciones culturales que nos acompañan, aún en el seno del Máximo juez

política, impunidad y pobreza en Colombia, Coordinador, Santana Rodríguez, Pedro, Foro Nacional por Colombia, 1997, p.203.

⁴¹ La sentencia de la Corte Constitucional, C-590 de 2005, magistrado ponente Jaime Cordoba T., ilustra en detalle sobre este particular.

constitucional: “Si al momento de tomar la decisión se hubiera sometido el agregado tardío que se introdujo después al redactar la versión definitiva, los suscritos Magistrados, por lo menos, habríamos manifestado nuestro acuerdo con la mayoría en lo que respecta a la procedencia de la tutela contra sentencias como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable, como lo establece la Constitución y la ley. Trátase de un aspecto fundamental del fallo que no ha debido librarse a una simple adición circunstancial sino que merecía ser objeto expreso de debate y votación. La adición de última hora, como ineluctablemente ocurre con los suplementos de su género, introduce contradicciones insalvables con el resto del texto y, particularmente, con la parte resolutive. En efecto, de ser consecuente la mayoría luego de su inesperado viraje ha debido también modificar la parte resolutive, declarando la exequibilidad parcial o condicional de los preceptos acusados, dado que ella misma reconoce, así sea tardíamente, la constitucionalidad de la acción de tutela contra sentencias y demás decisiones judiciales como mecanismo transitorio y a fin de evitar un perjuicio irremediable. La ubicación de la morosa reflexión de la mayoría en la parte motiva —y no en la resolutive que es la que resulta decisiva— muestra que es un gesto irresoluto y desesperado de cara a la tribuna que instintivamente rechazó la sentencia por contrariar la esencia democrática de la nueva Constitución y los derechos fundamentales que en ella son su nervio vital”.

En lo atinente al Poder Ejecutivo y sus relaciones con el Congreso es fácil advertir que el principio de pesos y contra pesos no ha tenido ninguna fortuna. La revocatoria del Congreso por la Asamblea Constituyente en 1991 permite entender la ingenuidad política que acompañó a los constituyentes. Nunca hubo una verdadera renovación del Parlamento. Sin partidos políticos, sin procesos electorales realmente democráticos y con una arraigada cultura clientelar no era viable que las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo estuviesen precedidas por los pesos y contrapesos ideados para el control político y en bien del sistema democrático. Además, la influencia en la economía y en la política, tanto de la violencia como del narcotráfico, hizo vulnerables los propósitos del Constituyente y, en lugar de control entre poderes, se produjo un intercambio de intereses particulares y de presiones violentas que fueron haciendo prevalecer al poder ejecutivo sobre el caótico Congreso⁴². El ejemplo más significativo y trascendental se presentó al discutirse la reforma Constitucional para lograr la segunda reelección del Presidente Uribe. Todos los vicios imaginables en el procedimiento que se surtió en el Congreso fueron objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, que, ella sí, con la debida independencia analizó y,

⁴² En el capítulo noveno: “La concentración del poder en Colombia”, de la cuidadosa investigación sobre Mayorías sin democracia, se precisa sobre el particular: “De esta forma, en los últimos años el Congreso colombiano ha dejado de ser un contrapeso institucional significativo. Esta alianza entre el Ejecutivo y el Legislativo convirtió al Congreso en un espacio de refrendación de las decisiones tomadas por el Ejecutivo, más que un freno o contrapeso institucional”. García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier E. *Mayorías sin democracia*, Bogotá, DeJusticia, 2009, p. 334.

consecuencialmente, declaró la inexecutable de aquel atropello legislativo. En la actualidad se está tramitando la llamada Reforma judicial constitucional que, según las noticias de prensa, es un verdadero intercambio de favores ajenos al interés general. María Jimena Duzán, analizando los temores que tenían las élites políticas y económicas frente a las revelaciones de quienes se acogieron a la ley de Justicia y Paz, considera que “hoy ya se sienten a salvo. Y razones les sobran para estar de plácemes”⁴³, dice la periodista, pensando en la reforma a la justicia que actualmente cursa en el Congreso, la cual posee manifestaciones inequívocas de las transacciones que ha hecho el Gobierno con grupos políticos cuestionados por sus relaciones con el paramilitarismo.

5.2. Igualdad formal e inequidad manifiesta como principios rectores de las relaciones sociales

En el marco de la cultura occidental, nos recuerda Atienza⁴⁴, la idea de justicia ha estado casi siempre ligada al concepto de igualdad, y el mismo autor considera, con razón, que “En realidad, hasta la época moderna, y especialmente hasta las revoluciones norteamericana y francesa, la idea de igualdad no puede separarse del contexto de un mundo organizado estamentalmente. Es una igualdad relativa a las desigualdades de las posiciones sociales que ocupan los sujetos”. Nuestra cultura parece haber quedado estacionada en la historia, si se piensa que, en la dinámica del mundo capitalista sólo ha interiorizado el sentido formal de la igualdad frente a la ley pero ha permanecido muy distante de la igualdad frente a la vida, como podrá constatar, más adelante, al analizar casos muy concretos de la realidad colombiana.

A nivel formal, resulta acertado afirmar que la igualdad es el derecho que, por sus contrastes con la realidades sociales, ha adquirido el mayor protagonismo a partir de la Constitución de 1991. Algunos investigadores señalan que, entre 1986 y 1990, el Juez constitucional sólo en nueve oportunidades invocó este principio. Y que el Consejo de Estado, en el mismo período lo hizo en siete decisiones. Mientras que, en vigencia de la Constitución de 1991, más o menos en uno de cada diez casos conocidos por la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad ha constituido el punto esencial en discusión⁴⁵.

El preámbulo de la Carta Política de 1991, cuya fuerza normativa ha sido reconocida, de manera reiterada, por la doctrina constitucional, consagra la igualdad como un valor junto a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz. El artículo 13 constitucional establece el

⁴³ Dusan, María Jimena, en Revista Semana, No. 1562, Bogotá, enero de 2012. P. 54.

⁴⁴ Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, S.A., 2000, pp. 93-94.

⁴⁵ La información fue tomada del documento preparado por Camilo Borrero, María Clara Galvis, Danilo Rojas y Rodrigo Uprimny, profesores de la Universidad Nacional, Facultad de Derecho. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, revista Pensamiento Jurídico No. 15, Bogotá, 2002, p. 348.

derecho fundamental a la igualdad ante la ley y prescribe que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. La disposición 53 constitucional establece la igualdad de oportunidades, como principio mínimo fundamental en las relaciones laborales. En el ámbito procesal la igualdad de las partes es un principio inherente al derecho fundamental al debido proceso. En los derechos sociales económicos y culturales, el Constituyente recurrió a la igualdad para nutrir las relaciones familiares (art. 42) y de idéntica manera lo hizo al regular el acceso a la cultura de todos los colombianos “en igualdad de oportunidades” (art. 70). El Código de Procedimiento Civil impone al juez, como uno de sus deberes: “Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso” (art. 37). El Código Sustantivo del Trabajo consagra el principio según el cual: “Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protección y garantías” y en su artículo 143 reconoce el principio: “A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. La jurisprudencia constitucional⁴⁶ hace extensivo este principio y predica no sólo la igualdad ante la ley, sino ante la interpretación y aplicación del orden jurídico, principio que a su vez sirve de soporte al precedente judicial y a la de seguridad jurídica. Como es evidente, normativamente hablando, todo lo que pudiera tener relación con la igualdad fue previsto, es decir, que desde una óptica jurídico-formal no debe existir reparo alguno en cuanto al deber ser.

En el ámbito constitucional el principio de equidad adquiere especial relevancia en muy variados aspectos⁴⁷: el artículo 227 C.P. ordena al Estado promover “la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales (...)”; al regular lo relacionado con las funciones de la Contraloría General de la República, se precisa que: “la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”. Tal vez, la referencia más importante a la equidad es la consagrada en el artículo 363, que con seguridad, no ha tenido ninguna eficacia en los veinte largos años de vigencia de la Constitución de 1991. Reza la citada disposición: “El sistema tributario se funda en los

⁴⁶ En la sentencia de la Corte Constitucional C-104 de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez, se le precisó: “En consecuencia ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. Es por ello que el recurso de súplica surge cuando existiendo plena identidad en los supuestos de hecho sometidos en cada caso a la consideración del mismo órgano judicial —el Consejo de Estado—, éste se aparte del criterio precedente de modo arbitrario o sin motivación razonable. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”

⁴⁷ La jurisprudencia, tanto constitucional como legal, ha explicado en abundancia el sentido de la equidad. La Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita, hizo importante análisis sobre el particular.

principios de equidad, eficiencia y progresividad”. Sin embargo, recientemente el Ministro de Hacienda, Juan Carlos Echeverri, reconocido como el mejor ministro de la región, declaró el pasado 20 de mayo, que “el sistema tributario cobra más a los que tienen menos”. Así son las cosas en nuestro Estado Social. Además, la Constitución regula que la Administración de justicia es función pública, y según el artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. Y la equidad, junto con la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. La Corte Constitucional, inclusive, precisó. “La tutela, es, en esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales”, según las palabras textuales de la sentencia T-046 de 2002. En los conflictos económicos colectivos, regulados por la legislación laboral, cuando son los Tribunales de Arbitramento los que deciden por medio del laudo “la equidad no es tan sólo un criterio auxiliar sino el criterio fundante de la decisión de los árbitros”, según lo dicho por la sentencia de tutela acabada de citar.

5.2.1. Ser y deber ser del principio de igualdad

Toda la normatividad que se acaba de citar conforma un bloque de constitucionalidad de innegable validez formal. Sin embargo, la realidad es bien diferente. Me remito a los expertos que han hecho las siguientes precisiones: el índice Gini es considerado técnicamente como el método más usual para medir la desigualdad. La representación de dicho índice va de “o” equivalente a la “perfecta igualdad” y el “1” significa la inequidad. “En Colombia, en lugar de reducirse, avanza. Pasó de 0.546 en 1991 a 0.578 en 2009. Fácil es deducir de lo dicho, que el principio de igualdad, formalmente consagrado en la Carta política, no ha logrado eficacia material, vistas las relaciones económicas, políticas y sociales en conjunto, sin desconocer casos muy específicos, en los cuales la acción de tutela ha logrado la justicia material. “Según el informe de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, Colombia es el segundo país más desigual de la región después de Haití y muy similar a Bolivia”. En la desigualdad y la discriminación es donde radica la esencia del conflicto que vive Colombia y la imposibilidad de vencer la violencia, como característica de nuestra historia política-social. Los ejemplos que dan soporte a esta caracterización de nuestra historia son tan diversos como constantes. Expongo algunos de ellos:

- a) La Constitución de 1991, por primera vez en la historia del derecho público en Colombia, consagró principios mínimos fundamentales del Derecho del trabajo. La igualdad de oportunidades, la remuneración mínima vital y móvil y la estabilidad en el empleo, son algunos de ellos, que deben, en todo caso, interpretarse en concordancia el derecho fundamental a la igualdad a que alude el artículo 13 constitucional, que con razón, se ha convertido en el más polémico.

Inequidad en las relaciones de trabajo. El salario y las prestaciones sociales, como es bien sabido, representan la única fuente de subsistencia para la gran mayoría de la población asalariada. Las relaciones laborales toman el pulso a muy variadas manifestaciones culturales. Algunos ejemplos de nuestras realidades en el campo de las relaciones de trabajo, nos permitirán establecer la eficacia de los principios mínimos consagrados en el artículo 53 constitucional.

Una de las referencias más irónicas y significativas de la inequidad está representada por el sistema pensional. Algunos pocos particulares y altos dignatarios del Estado acceden, con desproporcionalidad evidente, a pensiones que podrían representar entre veinticinco y treinta veces el salario mínimo, cuando, un porcentaje del 80% recibe como máximo dos salarios mínimos. El Director del Departamento Nacional de Planeación reconoce la tremenda inequidad del sistema. En reciente información periodística se denunció que “...los subsidios pensionales, en una gigantesca proporción, están favoreciendo al 20 por ciento más rico de la población”⁴⁸. Y, además, la cuantificación de inequidad salarial, tomando como referencia los afiliados a fondos de pensiones, está representada así: el 62.40% devenga 570.000 y el 21.78% entre 570.00 y 1.13 millones, es decir que el 84% de dicha población, como máximo, devenga dos salarios mínimos⁴⁹.

La inequidad en la remuneración al trabajo es absurda, por cuanto, es un secreto a gritos que uno de los problemas de mayor preocupación en el mundo económico actual está representado por la sostenibilidad de los derechos pensionales. Parte significativa de la actual crisis en Europa se ha originado por los costos de esta prestación laboral. Un ejemplo, de singular importancia política, que devela esta problemática lo encarnó el gobierno del Partido Socialista Obrero Español, cuyo Presidente, Rodríguez Zapatero, se vio en la necesidad de disminuir salarios y congelar las pensiones, como uno de los mecanismos para solucionar la profunda crisis en la finanzas de España. En Colombia, país de notoria desigualdad social y de precario desarrollo económico y tecnológico, sucede todo lo contrario: quienes más poder económico y político poseen, más altas prestaciones laborales reclaman, dando un lugar preferencial al monto de las pensiones, casos en los cuales toda la jurisprudencia relacionada con la igualdad y el principio de proporcionalidad dejan de tener valor normativo. Y los controles de pesos y contrapesos se atenúan frente a los altos dignatarios de las tres Ramas del poder público. Quienes más predicán la igualdad a nombre del Estado Social nunca se miran como referente vergonzoso de inequidad manifiesta. Estas absurdas políticas sólo pueden explicarse por razones culturales que

⁴⁸ El Tiempo, mayo 8 de 2012, debes leer, p 16

⁴⁹ El Tiempo, mayo 11 de 2012, debes saber.

incuban las economías de mercado en comunidades de escaso desarrollo económico, y que tradicionalmente se han caracterizado por la inequidad en sus relaciones sociales. Resulta ilustrativa la reciente noticia, según la cual, la Contraloría General de la República inició investigación contra nueve Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura por nombrar por corto tiempo, funcionarios que se jubilaron con millonarias mesadas.

- b) El abuso, tanto por el empleador público como particular, ha producido verdadera transformación en las relaciones de trabajo. Para disminuir costos y flexibilizar al máximo estas relaciones, el contrato de trabajo y la relación legal y reglamentaria han sido sustituidas, en número injustificado, por contratos de prestación de servicios, lesionando los derechos de los trabajadores, tanto en su remuneración como en el Derecho fundamental de asociación: “En las gobernaciones, municipios y entidades descentralizadas departamentales, por cada tres empleados de planta existen cinco en “nóminas paralelas” y en las entidades territoriales hay 100.240 empleados de planta y 170.441 trabajando con OPS (el 63%)⁵⁰. Para fundamentar con mayor fuerza, ya habíamos citado al Ministro de Hacienda, Juan Carlos Echeverri, al declarar que “el sistema tributario cobra más a los que tienen menos”⁵¹. El derecho fundamental de asociación sindical resulta igualmente lesionado, por cuanto las personas vinculadas por contratos de prestación de servicios, pierden sus posibilidades de trabajo, si llegaren a invocar el principio de realidad y, consecuencialmente a solicitar su afiliación a una organización sindical.

Compárense las cifras y porcentajes reseñados con lo dicho por la jurisprudencia constitucional en relación con el artículo 53 de la C.P. y los tratados y convenios internacionales:

“La función pública y los principios mínimos laborales”

La prevalencia de estos principios debe, así mismo, mantenerse en toda relación laboral, incluso en la que surge entre la administración y sus servidores. Esto debe ser así, por cuanto la administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el artículo 53 de la Constitución Nacional”. (T-457/92)

“El aparte normativo del literal b) del art. 23 del C.S.T., es simplemente una norma afirmativa del deber que tiene el empleador de respetar la dignidad del trabajador y su honor, así como también los derechos mínimos consagrados en los convenios y tratados internacionales

⁵⁰ El Tiempo, febrero 11 de 2012, debes saber, p. 15

⁵¹ El Tiempo, mayo de 2012, debes saber, p.20

sobre derechos humanos en materia laboral, los cuales constituyen el reducto esencial de la protección básica que en el ámbito universal se ha acordado a favor de los trabajadores. (C-386/00)

- c) Las actitudes del poder legislativo han sido, en variadas oportunidades, lesivas a los derechos fundamentales de los trabajadores, dejando huella indeleble, de carácter cultural, en cuanto devela, consciente o inconscientemente, sus convicciones de inequidad y violación de derechos fundamentales. Un ejemplo notable quedó plasmado en el artículo 48 de la Ley 1395 de 2010, ya que, de manera desproporcionada elevó a 220 salarios mínimos legales la cuantía para recurrir en casación en materia laboral. El derecho de acceso a la administración de justicia, la igualdad frente a la ley, el debido proceso y los principios mínimos consagrados en el artículo 53 de la C.P. resultaron lesionados de manera evidente. La Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicha norma y al motivar, en una de sus reflexiones, recurrió a las certificaciones del DANE, las cuales, oficialmente, dan fe de la inequidad manifiesta en las relaciones de trabajo. Son estas las palabras textuales del máximo juez constitucional:

“Ciertamente, como se evidencia en las estadísticas allegadas a este proceso por el DANE, los ingresos de los trabajadores colombianos son en promedio muy bajos: al año 2010, el 53,9% de la población ocupada devengaba menos de un salario mínimo y un 6,6% sólo devengaba un salario mínimo. Lo que significa que cerca del 60% de la población ocupada percibe mensualmente un salario mínimo o menos. Además, esta misma entidad certificó que en ese mismo año, el ingreso promedio de la población colombiana ocupada fue \$736.000, es decir, menos de dos salarios mínimos. Teniendo en cuenta (i) que la cuantía para acceder a la casación que establece la disposición acusada es 220 salarios mínimos mensuales, (ii) que la cuantía de los procesos laborales tiene relación directa con el valor de los salarios y otras prestaciones de los trabajadores, (iii) que el 60% de los trabajadores tienen ingresos iguales o inferiores al salario mínimo, y (iv) que el promedio salarial del país es \$736.000, es decir, menos de dos salarios mínimos, para la Sala es evidente que la gran mayoría de litigios suscitados por los trabajadores colombianos nunca podrán llegar al conocimiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia”(C-372 de 2011)..

Las enseñanzas de la Corte Constitucional, en el campo de las relaciones laborales, han sido, sin duda, protectoras y garantistas, especialmente en la aplicación del principio de primacía de la realidad, así como, en el de igualdad salarial y estabilidad en el empleo. Sin embargo, las realidades sociales, ya ejemplificadas, nos están indicando, históricamente, que el concepto de validez lo encarna la Carta Política en sus valores y principios, pero que, su

ineficacia material es manifiesta, según lo dicen las investigaciones estadísticas del DANE.

La inequidad en este punto no es nueva. En el Decreto 719 de 1989, la cuantía para recurrir en casación fue reajustada al doble (de 50 salarios mínimos a 100 salarios mínimos), en el año 2001, la Ley 712 lo reformó a 120 salarios. Con la Ley 1395 de 2010 el reajuste era del 83%. He ahí la inequidad históricamente manifiesta. Por todo ello, el Juez constitucional, concluye: en otras palabras, la situación económica de los trabajadores no ha mejorado de la mano con el aumento de las cuantías del recurso.

d) La inequidad en las relaciones de trabajo descritas contrasta con lo dicho en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional:

La Sala Segunda de Revisión, en la sentencia T-143/95⁵² se refirió al principio a trabajo igual salario igual en los siguientes términos:

“Bajo el entendido de la especial situación de desigualdad que se presenta en las relaciones de trabajo, el legislador ha arbitrado mecanismos que de alguna manera buscan eliminar ciertos factores de desequilibrio, de modo que el principio constitucional de la igualdad, penetra e irradia el universo de las relaciones de trabajo”.

“Precisamente, el principio a trabajo igual salario igual se traduce en una realización específica y práctica del principio de igualdad”.

“Constitucionalmente el principio se deduce:

- Del ideal del orden justo en lo social y lo económico, que tiene una proyección en las relaciones de trabajo (preámbulo, arts. 10, 20 y 25 C.P.)”

“- Del principio del reconocimiento a la dignidad humana, que necesariamente se manifiesta en la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas que aseguren un nivel de vida decoroso (arts. 10, 25 y 53, inciso final C.P.)”.

“- Del principio de igualdad pues la naturaleza conmutativa del contrato de trabajo, traducida en la equivalencia de las prestaciones a que se obligan las partes, el suministro de la fuerza de trabajo a través de la prestación del servicio, y la remuneración o retribución mediante el salario, se construye bajo una relación material y jurídica de igualdad que se manifiesta en el axioma de que el valor del trabajo

⁵² Corte Constitucional, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

debe corresponder al valor del salario que se paga por este (art.13 C.P.)”.

“- De los principios sobre la igualdad de oportunidades, que supone naturalmente no sólo la correspondencia o el balance que debe existir entre el valor del trabajo y el valor del salario, sino con respecto a los trabajadores que desarrollan una misma labor en condiciones de jornada y eficiencia iguales; el establecimiento de la remuneración mínima vital y móvil “proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”, e incluso, la “irrenunciabilidad de los beneficios mínimos” establecidos en las normas laborales, pues el trabajo realizado en ciertas condiciones de calidad y cantidad tiene como contraprestación la acreencia de una remuneración mínima que corresponda o sea equivalente a dicho valor (art. 53 C.P.)”.

“El art. 143 del C.S.T., que consagra el mencionado principio a nivel legal, es un trasunto fiel de la filosofía recogida en los textos constitucionales de diferentes países y en los convenios y tratados internacionales, que prohíben la discriminación salarial fundada en hechos, circunstancias o situaciones que realmente no correspondan a la consideración objetiva de la calidad y cantidad de trabajo”. (SU-342/95)

Parece evidente, en las relaciones de trabajo, el contraste entre la pretensión de validez de los principios y valores constitucionales y las realidades concretas de las relaciones de trabajo.

5.3. La captura del Estado

Existen muy cuidadosas investigaciones que, consciente o inconscientemente, están orientadas a caracterizar el Estado colombiano desde ópticas muy diversas: política, económica, sociológica, jurídica o filosófica. Del conjunto de dichos estudios se extraen constantes históricas como: legitimidad discutible, legalismo más que juridicidad, ausencia de partidos políticos, violencia extrema, corrupción y clientelismo, crisis de valores, precariedad democrática, inequidad manifiesta, etc., sin embargo, el concepto: Captura del Estado, que sintetiza una multiplicidad de características, como las anotadas, no ha sido objeto de abundantes investigaciones sistemáticas y concretas que se concentren en la realidad colombiana. La profunda agudización de la crisis del país en las últimas tres décadas, por la fortaleza de los grupos alzados en armas, la corrupción, el narcotráfico y la expedición de la Carta Política de 1991, han dado lugar a estudios muy valiosos, que permiten caracterizar la captura del Estado colombiano.

La captura del Estado (CdE) usualmente se define como “la intervención de individuos, grupos o firmas legales en la formulación de leyes, decretos, regulaciones y políticas públicas, para obtener beneficios propios y perdurables especialmente de índole económica y que, por supuesto, van en detrimento del interés general (...) En este sentido, usualmente se interpreta como una situación típica de CdE aquella que las empresas y los grupos económicos influyen, mediante sobornos, en las estructuras legales y regulatorias de los Estados para obtener, por ejemplo, beneficios tributarios, crediticios, regulatorios”⁵³.

La definición transcrita, no resultaría completamente apropiada, ya que existen Estados que no han logrado su plena consolidación como sería el caso colombiano, respecto del cual los politólogos, historiadores y sociólogos del derecho consideran que su legitimidad es precaria, los pesos y contrapesos entre las ramas del poder no han logrado sus objetivos a largo plazo⁵⁴, el interés particular ha prevalecido sobre el principio básico del interés general, los proyectos constitucionales nunca lograron la consolidación de un Estado de derecho, la violencia y el clientelismo han sido reguladores persistentes de las relaciones sociales y, desde luego, que la inequidad ha permanecido como la constante histórica que mejor caracteriza la dinámica socio-económica de nuestra historia.

Recurriendo a las calificadas reflexiones de Garay, Salcedo y De León⁵⁵, en circunstancias, como las descritas en el caso colombiano, “es común encontrar una multiplicidad de actores legales e ilegales que se disputan el control de aquellos estamentos e instituciones de decisión pública que conforman esa gran institución que se denomina Estado”. En este contexto, la captura del Estado, podría tener las siguientes características: (i) El interés por capturar el Estado no es exclusivo de grupos legales, (ii) Los intereses de captura no son únicamente de carácter económico, (iii) El soborno no es el único procedimiento de CdE y (iv) Los procesos de CdE no se limitan a influir sobre las decisiones de la rama legislativa del nivel central⁵⁶. Cuando se dan características de esta naturaleza, los ya citados investigadores, proponen el concepto de reconfiguración cooptada del Estado (RCdE) que ha sido definida como: “La acción de organizaciones legales e ilegales que mediante prácticas ilegítimas, buscan modificar, desde adentro, el régimen político de manera sistémica e influir en la formación, modificación, interpretación y aplicación

⁵³ Garay Salamanca, Luis Jorge, Salcedo, Eduardo y De León Beltrán, Isaac, *Redes de poder en Casanare y la Costa Atlántica*, en edición de López H, Claudia. *Y refundaron la patria. . . De cómo mafiosos y políticos refundaron el Estado colombiano*, Bogotá, Corporación Nuevo Arco Iris, 2010. Pp. 217-218.

⁵⁴ Esta afirmación se relativiza, teniendo en cuenta los diversos análisis de varios investigadores, según se puede consultar en la excelente obra de: García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo (codirectores). *Mayorías sin democracia*, Bogotá, DeJusticia, 2009.

⁵⁵ *Ibíd.*, p.219.

⁵⁶ *Ibíd.*, pp 219, 220

de las reglas de juego y de las políticas públicas, para poder obtener beneficios sostenibles y lograr que sus intereses sean validados política y legalmente, así como legitimados socialmente en el largo plazo aunque éstos no obedezcan al interés rector del bienestar social”⁵⁷. De los variados fenómenos que concurren en la RCdE me referiré, brevemente, al paramilitarismo y a los grupos insurgentes en general, ya que, sus actividades vistas en conjunto permiten entender toda la dinámica de la Reconfiguración cooptada del Estado.

EL Paramilitarismo. Este fenómeno está caracterizado por la relación entre política, clientelismo, mafia y violencia. Para el período que aquí se analiza, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisó que, para finales de la década de 1980 y comienzos de 1990, existían “más de 60 grupos paramilitares en todo el país”⁵⁸ y, por otra parte, se ha establecido que entre 1981 y 1991 se produjeron 14.150 asesinatos políticos⁵⁹. Al publicar su investigación, en abril de 2010, nos dice Claudia López Hernández⁶⁰ que, según la Fiscalía, se estaban investigando a “400 políticos de elección popular, de los cuales 102 son congresistas”. Para la misma fecha se investigaban a 324 miembros de la fuerza pública y a 5.766 ciudadanos “involucrados con las actividades criminales del narcoparamilitarismo, (...)”. Y luego, de elaborar un cuidadoso gráfico, nos ilustra con la siguiente conclusión: “Esas cifras, reveladas por la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, indican que una tercera parte de los Alcaldes, Gobernadores y Congresistas de Colombia de la última década pudieron haber sido promovidos por el narco paramilitarismo y que gobernaron con ellos, y otros con la guerrilla”. El fenómeno para el año 2010 no era nuevo. En el 2002, precisa la misma investigadora citada: “los congresistas electos con el apoyo del narco paramilitarismo obtuvieron el 34% de las curules y más de dos millones de votos, equivalentes al 25% de la votación para el Senado. Ocho de cada diez de esos congresistas entraron a hacer parte de la coalición del presidente Uribe y cogobernaron con él desde entonces”⁶¹. Este fenómeno no era nuevo, ya que, en 1982 el más cruel de los narcotraficantes, Pablo Escobar, había logrado su elección, como suplente a la Cámara de Representantes por el Departamento de Antioquia⁶², y tres lustros antes, se comprobó que el llamado cartel de Cali no sólo había penetrado masivamente el Congreso, sino que, había hecho aportes de millones de dólares a la campaña presidencial del candidato Ernesto Samper⁶³. Es oportuno recordar que la Cámara de Representantes absolvería al Presidente Samper Pizano, hecho que dio lugar

⁵⁷ *Ibíd.*, p.220.

⁵⁸ *Ibíd.*, En el capítulo: “Injerencia política de los grupos armados ilegales” aparece un listado por Departamentos con el nombre de los grupos a que se está haciendo referencia. P.108

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 109.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp.29 a 78.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 33.

⁶² *Ibíd.*, p. 31.

⁶³ *Ibíd.*, pp. 31-32.

a que se denunciara, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a los congresistas que habían votado favorablemente dicha decisión, denuncia que a su vez originó una acción de tutela promovida por la congresista Vivían Morales (quien posteriormente sería la Fiscal General), en la cual se planteó que la Corte Suprema no tenía competencia para juzgar a los congresistas cuando ejercían funciones judiciales, acción constitucional que finalmente dio la razón a la demandante en sentencia SU-047 de 1999, con el salvamento de voto de dos de sus Magistrados, quienes consideraron que se había desconocido la doctrina constitucional. Finalmente, en el momento de escribir estas líneas, la prensa informa que ha sido condenado por paramilitarismo el cuarto presidente de la Cámara de Representes, hecho que pone de relieve el abismo a que nos está llevando la captura del Estado⁶⁴.

La fortaleza de los grupos insurgentes. Tiene su explicación en la precaria legitimidad del Estado y su evidente ineficacia, en la inequidad manifiesta, característica histórica de la sociedad colombiana, en el auge del narcotráfico, que no sólo aseguró el financiamiento de las actividades criminales, sino, igualmente, por su incidencia en la denominada “cultura mafiosa” que contribuyó a la RCdE y al relajamiento de los valores mínimos necesarios para la convivencia pacífica⁶⁵.

La crisis política e institucional acaecida en Italia a la que se refiere Luigi Ferrajoli, y que, según sus palabras: permitió el desarrollo de un infraestado clandestino, es una leve contravención si se compara con la tragedia sin nombre que ha vivido Colombia en los últimos treinta años. Su trascendencia, para comprender el binomio sociedad-derecho, es esencial ya que nos aporta incomparables elementos de juicio en lo que concierne a las relaciones entre legitimidad, el concepto de validez y el principio de eficacia y, por consiguiente, para tomar el pulso a la viabilidad del Estado social de derecho en la sociedad colombiana. Me limito a reseñar de manera concreta los hechos de mayor trascendencia, recurriendo para ello a las cuidadosas y densas investigaciones que dieron lugar a obras recientes que —por su seriedad intelectual, el sin número de fuentes documentales que le dan un sólido soporte y la especialidad de sus autores en diferentes disciplinas—, nadie debería dejar de estudiar.

Los grupos insurgentes penetraron todas las esferas del Estado y de la sociedad. Algunos testimonios altamente calificados, por tratarse de personajes claves

⁶⁴ Ramírez Tobón, William. *Las nuevas ceremonias por la paz*, en Sánchez, Gonzalo y Peñaranda, Ricardo (compiladores) “*Pasado y presente de la violencia en Colombia*”, Cerec, Bogotá, 1995, o Los diferentes ensayos del capítulo IV de esta obra ilustran muy bien el conflicto armado y la crisis política en las tres décadas anteriores a la Asamblea Constitucional de 1990.

⁶⁵ En relación con la crisis moral resulta muy ilustrativo el ensayo de Arango R., Rodolfo. “*La responsabilidad colectiva ante la crisis moral y política colombiana*”, publicado en: *La filosofía y la crisis colombiana*. Sierra Mejía, Rubén y Gómez Müller, Alfredo (editores), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sociedad colombiana de filosofía, Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2002, pp. 11-32.

en el ejercicio del poder político y económico, ilustran con creces las causas que explican la fortaleza de los grupos insurgentes y su penetración en las estructuras del Estado.

En lo atinente a la vulnerabilidad del Estado, Eduardo Posada Carbó, uno de nuestros más sobresalientes historiadores, comenta: “He seguido con especial interés el índice anual de los “Estados fracasados”, desde su primera publicación en la revista *Foreign Policy*, en el 2005. Entonces Colombia apareció en zona roja: puesto 14, entre los primeros Estados al borde del fracaso cerca de Ruanda, Afganistán y Somalia. Acaba de publicarse el índice del 2011. Hemos salido ya de la zona roja, pero el puesto 44 representa un retroceso frente al año anterior cuando ocupamos el 46. Después de Haití, el índice nos clasifica como el Estado más vulnerable de toda América Latina⁶⁶. Por su parte, el exministro Rudolf Hommes, refiriéndose al mismo tema considera que la situación más determinante en dicha vulnerabilidad, es la existencia de grupos desplazados por la violencia⁶⁷.

En entrevista realizada por María Jimena Duzán al presidente de la Federación Nacional de Ganaderos, José Félix Lafaurie, en lo atinente con la participación de bananeros y ganaderos en la creación y financiación de las AUC, dijo el aludido presidente: “Todos participamos. No solo bananeros y ganaderos: comerciantes, palmeros, incluso empresarios. Luis Carlos Villegas, al ser entrevistado, reconoce también la responsabilidad de todos los sectores”. Luego, se le interroga respecto a: si los empresarios del campo participaron en la financiación de las AUC o si solo fueron extorsionados, a lo cual contesta: “Pero es que haber, María Jimena: no había Estado. Ese vacío fue lo que habilitó que terceros terminaran dándose seguridad por cuenta propia. Que tire la primera piedra aquel sector económico con algún tipo de vinculación en el campo, que no financiara o a la guerrilla o a los paramilitares” y reafirma que “la inmensa mayoría de los ganaderos la única responsabilidad que tiene es la de haber sido unos sujetos pasivos de una guerra ajena causada por la ausencia de Estado”.⁶⁸

En el reportaje a la revista *Semana*⁶⁹, “El cerebro de la paraeconomía”, Raúl Hasbún, miembro de la cúpula de las AUC, al ser interrogado respecto a: qué era peor si hablar de los empresarios o de los políticos, comentó: “a los empresarios nunca les han arrancado procesos. No ha empezado la paraeconomía. En la paraeconomía en Urabá yo involucro a 4.000 personas como poquito”. Y luego,

⁶⁶ Diario “El Tiempo”, septiembre 16 de 2011, debes leer, p. 21. Y señala otros índices para ilustrar comparativamente nuestra situación: Bolivia 59, Ecuador 62 y Nicaragua 67, 98 Brasil y Chile 153.

⁶⁷ Diario “El Tiempo”, Septiembre 30 de 2001 debes leer p. 27

⁶⁸ Revista *Semana* del 19 al 23 de enero de 2012 edición 1563, p.50

⁶⁹ Hasbún, Raúl. “El cerebro de la paraeconomía” *Semana* del 2 al 9 de abril de 2012, edición 1561, pp. 20 a 23.

al responder sobre la participación de empresarios bananeros, indicó que había personas muy importantes dentro de lo político y lo económico: “Yo entregué unos listados a la Fiscalía con 270 bananeros, 400 ganaderos y podrían ser unos miles de comerciantes. La Fiscalía no tiene capacidad para investigar lo que pasó en Urabá”. E involucrando a las autoridades dijo que “la gran mayoría de operaciones en Urabá fueron conjuntas”.

La ineficacia del Estado y sus limitaciones para hacer justicia, en la problemática paramilitar, han sido también objeto de agudas críticas. Me remito a Humberto de la Calle Lombana, quien fuera Vecepresidente de Colombia, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, y ministro, cuando se expidió la Constitución de 1991. En su columna del diario *El Espectador*, reflexionado acerca del “Marco para la paz entre el deseo y la realidad”, comenta que dicho deseo es compartido pero choca con la realidad, dejando al descubierto la ineficacia del Estado, ya que después de cincuenta años de conflicto, en medio de violaciones masivas de derechos humanos “la incapacidad del Estado para aplicar mecanismos tradicionales de justicia es manifiesta. El intento de la Ley de Justicia y Paz es paradigmático: Casi siete años después, tras 340.000 casos denunciados, se han desmovilizado 35.299 paramilitares, pero se han producido apenas siete sentencias, de las cuales sólo dos están en firme”⁷⁰. Además, de la ineficacia, la cifra de paramilitares desmovilizados permite reafirmar la magnitud de la crisis.

Al ser entrevistado el cinco de mayo de 2012⁷¹, el Fiscal General de la Nación hizo una radiografía de la justicia penal que, por las altísimas tasas de criminalidad tradicionales en el país, es la de mayor importancia e impacto de la jurisdicción ordinaria, y lo que se diga de ella permite establecer un excelente parámetro del grado de eficacia en la administración de justicia en conjunto. Eduardo Montealegre, el Fiscal General, experto en criminología y Derecho penal, exmagistrado de la Corte Constitucional y experimentado litigante, en sus palabras permite visualizar el estado de la justicia penal y, a través de ella, el de la administración de justicia. Respecto del sistema penal acusatorio indica que: “Hay una gran dispersión en los criterios de interpretación del sistema acusatorio. No solo en la Fiscalía, sino en los jueces de garantías y en los que profieren el fallo. El ciudadano tiene derecho a que exista igualdad en la interpretación, y hasta ahora no se han logrado criterios unitarios de la interpretación de la ley”. Esta afirmación es aplicable a todo el orden jurídico colombiano, lo cual, como es lógico, repercute de manera sustancial en los parámetros que permiten establecer el grado de validez de un determinado sistema normativo. El poder judicial alega a su favor la

⁷⁰ *El Espectador*, mayo 13 de 2012 p.42.

⁷¹ Entrevista al Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre, en *El Tiempo*, mayo 5 de 2012, debes leer, pp. 2-3

autonomía en el entendimiento de la Constitución y la Ley, la cual, finalmente se impone, frente al derecho en la igualdad en la interpretación y aplicación del orden jurídico, y se impone así sea arbitrariamente, como, por ejemplo, cuando las Altas Cortes producen el choque entre ellas y cada una se ancla en su inalterable posición: se resquebraja de manera notable el concepto de validez. En cuanto a los derechos humanos, nos dice el Fiscal Montealegre: “El conflicto armado ha implicado violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos. En sólo Justicia y Paz, las víctimas han denunciado más de trescientos mil casos graves de violaciones a derechos humanos”. Frente a tales respuestas se le interroga al Fiscal: ¿Fracasó Justicia y Paz? Hay crisis, dice, “... no ha producido los resultados que se esperaban”. Luego, al abordar el tema de los desmovilizados, se le pregunta: ¿Cuántos desmovilizados hay con su situación en el limbo? “Unos treinta mil”, y hace esta precisión: “A ellos no se les puede dar el tratamiento de un delito político, porque la Corte Suprema, con razón, lo negó. Ni se puede aplicar el principio de oportunidad, porque la Corte Constitucional no lo permite”, lo anterior significa que no hay otra alternativa, que todos tienen que afrontar procesos penales, y dudaría, según el Fiscal “más de 100 años en esas investigaciones”. ¿Qué racionalidad puede ser ésta? ¿Cómo está funcionando realmente la administración de justicia penal?

En relación con el narcotráfico y su incidencia en la vida nacional, existen estudios muy variados, y en ellos hay consenso en cuanto a sus nefastas consecuencias en el orden público, económico y político. Para 1990, B. M. Bagley calculó que los carteles de Medellín y Cali controlaban entre el 75 a 80% del tráfico andino de cocaína y consideró que cerca de cien mil colombianos se empleaban alrededor del mismo. “Su dinero, su influencia política y su poderío militar son ahora tan grandes que existen dudas sobre la posibilidad de que el gobierno colombiano logre sostener, (y mucho menos ganar), su guerra cada vez más violenta contra los carteles”⁷². En su magnífica investigación, Gustavo Duncan afirma que en un principio el poder económico del narcotráfico podía significar unos pocos puntos del PIB, pero que luego se convierte en un verdadero dominio en la economía del país. “Quien controla el narcotráfico con un ejército privado controla además las transferencias y las regalías de las regiones, las actividades delincuenciales, participa en el sector económico lícito como un socio obligado y recibe una extorsión periódica por proteger a los empresarios. Es decir, a partir del control de unos recursos que equivalen a un poco menos del 3 o 4% del producto nacional, los señores de la guerra se hacen al manejo de varias decenas de puntos del PIB”⁷³.

⁷² Bagley, Bruce.M. *Narcotráfico Colombia asediada*, en, Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León, *Al filo del caos*, Bogotá, Tercer Mundo e Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, 1990, pp. 445-446.

⁷³ Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra*, Bogotá, Planeta, 2006, p. 86, 87.

Al terminar este breve ensayo leo las últimas informaciones sobre la reforma constitucional a la justicia, según las cuales: “(...) setenta parlamentarios *sub iudice*, a quienes afecta de manera directa la reforma votan en causa propia por conveniencia personal”⁷⁴. La reforma así lo permite.

Recurro a las propias palabras de la Corte Constitucional, concebidas hace 20 años, en una de sus primerísimas tutelas. En ella, premonitoriamente sentenció:

“La patología de un orden jurídico puede obedecer a causas externas a él y así acaece cuando sus normas comienzan a perder eficacia por razones que tienen que ver con su entorno social, político o económico, y de este modo se resiente paulatinamente el respeto generalizado a las normas por parte de la población. No es infrecuente, sin embargo, el caso de que la quiebra del orden jurídico obedezca a una causa interna y que ésta se atribuya al desconocimiento de la Constitución por uno de los poderes públicos. De ahí la imperiosa necesidad institucional de impedir en este caso que las altas autoridades del estado se aparten, en el ejercicio de sus funciones, de las normas constitucionales.

(...)

20. Si bien la Constitución es *norma normarum*, fundamento de todo el ordenamiento estatal, ello paradójicamente la hace más frágil. La norma constitucional no tiene existencia propia fuera de la realidad. Dado que su validez no puede ser auto-referencial, su único sentido se concreta en llevar a la realidad lo estatuido por ella. El valor normativo de la Constitución no significa por sí mismo la actualización del querer constituyente. Esa pretensión de vigencia a la que se contrae esencialmente su valor normativo precisa tanto su aceptación como su efectiva realización mediante actos humanos de voluntad y hechos concretos de ordenación de la realidad política y social según sus dictados.

Es cierto que la pretensión de ordenar la realidad social y política —mundo de lo fáctico— propia de la Constitución, puede malograrse si sus autores han desatendido condicionantes insalvables de orden cultural, económico, técnico, geográfico o de cualquier naturaleza que impidan e interfieran de manera irresistible el proyecto constitucional. Obrando estas circunstancias, la pretensión de vigencia de la Constitución y su valor normativo no pueden sino sucumbir ante la tozudez de la realidad” (T-406/92, Magistrado Ponente, Ciro Angarita)

⁷⁴ Samper Pizano, Daniel. Cambalache. El Tiempo, junio 17 de 2012, p.7.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derecho fundamentales*, Universidad Nacional, Legis, Bogotá, 2005.
- Amaya P., Pedro José (director el proyecto). *Colombia un país por construir*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Ed. Barcanova, Barcelona, España, 2000.
- Autores Varios, Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo, *Colombia: Al filo de la Oportunidad*, Cooperativa Bogotá Editorial Magisterio, 1995, p.29.
- Bastida Freixedo, Xacobe, *El silencio del emperador*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Temis, Bogotá, 1987.
- Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. *Origen y fundamento del poder político*, Grijalbo, Buenos Aires.
- Leal Buitrago, Francisco. *Estado y Política en Colombia*, Bogotá, Siglo XXI, 1984.
- Calsamiglia, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978.
- Castro Caicedo, Germán, *Con las manos en alto*, Bogotá, Planeta, 2009.
- Castro Caicedo, Germán, *El palacio sin máscara*, Bogotá, Planeta, 2008.
- Childe, Jorge. Neoliberalismo y la Constitución de 1991, ensayo publicado en *Apuntes críticos a la Constitución de 1991*, A.P.U.N., Medellín, Mayo 1992.
- Duzán, María Jimena, *Crónicas que matan*, Bogotá, Tercer Mundo, 1993.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, 1995.
- Gallin, Dan, *El capitalismo al final del siglo XX, globalización y Trabajo*. Ensayo publicado en *Marx y el siglo XXI, Hacia un Marxismo Ecológico y crítico del progreso*. Ediciones Pensamiento Critico. Bogotá, 1997, p. 171-179.
- García, Antonio, *Estructura del atraso en América Latina* Buenos Aires, Pleamar, 1969.
- García Amado, Juan Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis S.A., 2003.

- García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa s.a. 1977.
- García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosóficos jurídicos, 1934, 1979*. UNAM 1984.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2000.
- Hart, H. L. A, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeldo-Perrot, 1961.
- Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Editorial Crítica, 1990.
- Hoyos Vásquez, Guillermo, Ética discursiva, derecho y democracia, en Motta, Cristina, (editora), *Ética y conflicto*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1995, pág. 49-80.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa, México. 2003.
- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- Leal Buitrago, Francisco y Zamosc, León (editores). *Al filo del caos, Crisis política en la Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo y Universidad Nacional de Colombia, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- North, Douglas C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo Cultura Económica, 2006.
- Ospina, William. *¿Dónde está la franja amarilla?* Norma, 1997.
- Ost, François y Van der Kerchove, Michel, *Elementos para una teoría crítica del Derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara S.A., 1999.
- Recasens Siches, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa S.A., 1965.
- Registraduría Nacional del Estado Civil, *La 7a. Papeleta*, Bogotá, 1990.
- Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y racionalización: Weber y Habermas: La dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Antropos, 1994.

- Stern, Alfred, *La filosofía de la historia y el problema de los valores*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.
- Torres Corredor, Hernando (compilador), *Sistema de seguridad social ley básica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Económicas, 2010.
- Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio, *¿Justicia para todos?* Bogotá, Norma, 2006.
- Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001.