

Colombia: Del Estado social a la esquizofrenia constitucional*

Colombia: From Social State to Constitutional Schizophrenia

Juan Carlos Arias Duque**

Citar este artículo como: Arias, J.C. (2017). Colombia: Del Estado social a la esquizofrenia constitucional. *Revista Verba Iuris*, 12(38), pp. 63-79.

Resumen

La situación colombiana condujo a nuestro constitucionalismo a que llegara al Estado social a partir de 1991, cuando las doctrinas del Consenso de Washington, formuladas desde 1989 imponían su desmonte, en desarrollo de las cuales terminamos envueltos en una incoherencia de proporciones catastróficas para los ciudadanos a los que el Estado social destinaba toda su protección: a los de menos oportunidades para sobrevivir.

Palabras clave: Constitucionalismo colombiano, esquizofrenia constitucional, incoherencia constitucional.

Abstract

The Colombian situation led to our Constitutionalism to reach the Social State of Law starting from year 1991, when the doctrines of the Washington Consensus formulated since 1989, imposed

Fecha de Recepción: 4 de marzo de 2017 Fecha de Aprobación: 7 de junio de 2017

* Este es un artículo de reflexión, producto de una investigación realizada en el marco del grupo socio-humanística y derecho de la línea “Estudios hermenéuticos, argumentativos y críticos del derecho, derechos humanos, justicia, prudencia y paz”, proyecto “Justicia Transicional”, adscrito al Centro de Investigaciones –Francisco de Vitoria– de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

** Abogado magíster en derecho procesal; especialista en derecho penal, docencia universitaria, en Derechos Humanos; ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal - Justicia y Paz - de la Corte Suprema de Justicia; coordinador de la Barra de Defensores de Infancia y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo; consultor en temas de Justicia Transicional; columnista; docente investigador y coordinador del módulo Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: juancarlosarias5@yahoo – juanariasd@usantotomas.edu.co

Reception Date: March 4, 2017. Approval Date: June 7, 2017.

* This is a reflection article, which is a result of a research carried out in the framework of the socio - humanistic group and right of the line “Hermeneutic, Argumentative and Critical Studies of Law, Human Rights, Justice, Prudence and Peace”, project “Transitional Justice”, attached to the Research Center - Francisco de Vitoria - of the Law School of Universidad Santo Tomás.

** Master’s degree in Procedural Law; Specialist in Criminal Law, university teaching in Human Rights; Former auxiliary magistrate of the Criminal Cassation Chamber - Justice and Peace - of the Supreme Court of Justice; Coordinator of the Bar of Defenders of Children and Adolescents of the Ombudsman’s Office; Consultant on Transitional Justice issues; columnist; Research Professor and Coordinator of the Criminal module of the School of Law of the Universidad Santo Tomás. Electronic mails: juancarlosarias5 @ yahoo - juanariasd@usantotomas.edu.co

their dismantling, in development of which we ended up wrapped in incoherence of catastrophic proportions for the citizens, to whom the Social State of Law allocated all its protection: to those with fewer opportunities to survive.

Keywords: Colombian Constitutionalism, Constitutional Schizophrenia, Constitutional Incoherence

Introducción

La Constitución Política declara que Colombia es un Estado social y democrático de derecho con lo que impone una caracterización precisa que permite distinguirlo de otros modelos superados o por lo menos de los que ha evolucionado.

La materialización de cada una de las mencionadas características del Estado posee su propia dinámica, siendo la categoría social la que más dificultades tiene para su concreción, fundamentalmente por el tiempo en que debió desarrollarse en nuestro suelo patrio, al punto que se reconoce en una Constitución Política de clara tendencia social pero que ha debido ser desarrollada por una legislación de estirpe netamente liberal, lo que ha generado una contradicción de trascendencia incalculable, a la que llamamos “esquizofrenia constitucional”. Por tanto, lo que se pretende en las siguientes líneas es mostrar el camino por el cual llegamos a dicha situación y cómo corresponde a los jueces tratar de enderezarla o por lo menos atenuar sus efectos.

La formación del Estado

Para comprender mejor el nivel de desajuste constitucional en que vivimos, inicialmente conviene echar una breve mirada a la historia de la aparición del Estado y su relación con la economía.

En los inicios de la humanidad el proceso de socialización vino de la mano de las rutinas y la tradición, en la forma de integrar la familia y los avances del conocimiento, inicialmente con

la domesticación de animales y plantas, fueron mejorándose las herramientas y el incremento de la calidad de vida y se fue consolidando el orden en torno de diferentes formas de poder. (Berger & Luckmann, 2008).

Vinieron las primeras concentraciones urbanas, después las ciudades, luego los imperios y las civilizaciones: Sumerios, asirios, babilonios, egipcios, griegos, romanos, incas, aztecas, etcétera, con todos sus avances en política, ciencia, tecnología, medicina, astronomía y mil saberes más. Los griegos descubrieron al hombre en medio del embrujo de los dioses y la naturaleza, mientras que los romanos llegaron a consolidar el imperio, con un derecho de corte individualista, con una sociedad altamente jerarquizada y esclavizada, en la que el *pater familias* era el titular de los derechos, a quien se le protegía la propiedad privada y se le tenía un derecho de privilegios.

El proceso medieval

El medio evo, extendido entre los siglos IV a XV estuvo caracterizado por una forma económica de producción conocida como el feudalismo, en torno del valor de la tierra y del señorío que ejercían los terratenientes sobre sus siervos en un contrato de vasallaje que suponía que el segundo trabajaba en la tierra de su Señor dejando para la subsistencia de su familia una ínfima porción de los frutos, y a cambio de ello ser protegido por el ejército del que se disponía para esos menesteres.

Y el discurso ideológico que sustentó todo este tiempo fue el religioso montado fundamentalmente en la obediencia a toda autoridad,

según los dictados del Capítulo XIII de la Carta del Apóstol San Pablo a los Romanos y el discurso surgido de la interpretación literal del Génesis, específicamente de la expulsión del Huerto del Edén, producida como consecuencia de la desobediencia de Adán y Eva, con la cual el hombre, en lo sucesivo, ganaría el fruto con el sudor de su frente, y estaría siempre sitiado por la advertencia del castigo en cada momento de su vida.

Dentro de este contexto se originó aquel movimiento religioso militar orientado a la conquista de los lugares santos conocido como las Cruzadas, el que además de consecuencias de tipo militar y territorial produjo varios fenómenos fundamentales para el avance del mundo, entre ellos: La aparición de los burgueses y la reducción del poder del rey a partir de concesiones que debió hacer a los nobles de la época en la Carta Magna de 1215.

El desarrollo del comercio y la necesidad de superar la economía de autoconsumo producto de la relación de vasallaje fue abriendo el espacio para la aparición de un personaje con capacidad para comprar, vender, manufacturar, intermediar, pero por fuera del plano agrario que se ubicara en las ciudades y en los caminos, dispuesto a producir y comercializar todos los bienes y servicios que faltaban, que no eran generados por la agricultura, para lo cual debía adquirir materias primas para transformarlas en artículos requeridos en aquella incipiente economía, todo en un ejercicio de especulación comercial, por supuesto condenado por la iglesia católica, de donde surgió el protagonista que comenzó a socavar el poder feudal para unos siglos más tarde enterrarlo en los límites de la tierra que le dio sustento: El burgués (Huberman, 1936, p. 21).

El proceso de especulación le fue dando poder a partir de la acumulación de dinero, en una dinámica en cuyos inicios fue perseguido por la influencia económica que adquiría, expropiado, desconocido, tiranizado, pero que

con el tiempo fue obteniendo estatus a partir de la unión con sus iguales, de la financiación del avance de la ciencia y de las campañas marítimas que fueron ampliando los estrechos linderos territoriales de la época.

Por otra parte, el mantenimiento de las Cruzadas se hacía gracias a las exigencias del monarca a sus Señores, lo cual fue derivando en un malestar generalizado que los llevó a la rebeldía, conjurada por el Rey Jhon a partir del reconocimiento de la Carta Magna de 1215, en la cual reconoció una cantidad de privilegios a los Señores feudales, lo que a su vez supuso la reducción de los poderes del rey. Y, aunque dicho documento no perduró porque al poco tiempo fue anulado por el Papa, si generó la inquietud monárquica por la unificación y fortalecimiento de sus poderes.

La monarquía absoluta

Frente a la reducción del papel del rey de cuenta de que los Señores feudales discutían la ampliación de su poder, se produjo el despertar del monarca en pos de la consolidación de su papel hegemónico sobre su reino a partir de una estrategia muy simple que implicó la creación de un ejército nacional, con lo cual se produjo, de una parte, la abolición de los grupos de mercenarios que soportaban la autoridad feudal y el cuestionamiento del papel de las jerarquías eclesiásticas, unida a la recuperación del poder del rey sobre las tierras de su heredad, dando paso a lo que la historia conoce como la Monarquía Absoluta (Huberman, 1936, p. 70). La consolidación del monopolio de la fuerza trajo como consecuencia inmediata la centralización de la protección de los súbditos en cabeza de la corona, terminando así la venganza privada y señorial y dando inicio al ejercicio de la venganza pública, categoría que conocemos como el *ius puniendi*. La monarquía absoluta pretendió unificar también el poder terreno con el divino, en lo cual entró en conflicto con el pontificado.

En todo caso, la ampliación de las fronteras tanto científicas como marítimas y la discusión del origen del poder gestaron un movimiento de cambio que tuvo por lo menos tres momentos de inflexión: El renacimiento, la secularización y el positivismo; todos vinculados con los cuestionamientos al discurso religioso que contenía el avance del hombre, ahora identificado como la consigna burguesa que comienza a desafiar el *estatus quo* feudal. Cuando comienza a descubrirse que la tierra es redonda y que el hombre no es el centro de la creación ni el centro de nada, y que no solo no lo es sino que su planeta, una piedra suspendida en el espacio da vueltas en torno de otro centro, se inicia el cuestionamiento de aquella idea según la cual el hombre era el protagonista de la obra de Dios y fue hecho el última día para que se enseñoreara sobre todo lo demás, algo además popularizado por el modelo ptoloméico que aunque no era de origen cristiano, servía de argumento de aquietamiento para que el siervo trabajara con el sufrimiento con el que se ganaría su paso al más allá de la promesa salvífica.

En ese contexto de fraude el hombre volvió a pensar en aquel pasado griego en el que se descubría que los dioses no eran más que una invención humana, y se renació a aquel mundo tratando de crear por la vía del cuestionamiento de las artes aquello que floreció entre los griegos, como el culto a la figura masculina a través de la escultura, la tragedia, la pintura, y así se dio inicio a la primera época llamada el Renacimiento, en el que la desconfianza era el argumento para enfrentar el pasado reciente. Luego vino la reforma protestante que terminó de diseminar las ideas de rebelión frente a la forma católica de percibir el mundo (Nieto Gutiérrez, 1975, p. 60) y se abrieron las amarras para que se gestaran otras formas religiosas de afrontar la realidad y se fueron dando pasos hacia la exclusión de la divinidad como sustento de la autoridad real.

El Estado absoluto

Europa, a la vez que hundía sus garras en las colonias americanas y asiáticas, fue viendo que el poder se consolidaba de manera extrema en un rey que pretendió resolverlo y manejarlo todo: La religión, la economía –en 1621 en Inglaterra había más de 600 monopolios (Acemoglu & Robinson, 2012)–, la justicia, la convivencia, el arte, el poder, el comercio, etcétera. En esta época el rey representaba el poder civil pero también el religioso, y en nombre de la seguridad y conservación del Estado se conculcaban las expectativas de los súbditos. Centralización, control total, fueron las características de esta época, que por supuesto, generaban en reciprocidad, ansias de libertad.

Las luchas de religión abrieron el camino para que en Inglaterra se fuera consolidando el protestantismo pero a la vez a que se pensara en un gobierno sustentado en el pueblo y ya no en el poder divino, a partir de la propuesta teórica de Jhon Locke, formulada en su Ensayo sobre el Gobierno Civil, en el que planteaba la soberanía popular como fundamento del gobierno, las libertades individuales, los derechos naturales imprescriptibles (la vida, la seguridad personal, la libertad, la propiedad y el trabajo) la división de los poderes, la autoridad de la ley, y con fundamento en sus postulados se consolidaría la Revolución Gloriosa (García Pelayo, 1984, p. 19) de 1688.

El esquema de tranquilidad surgido de las ideas liberales contenidas en la obra de Locke y las necesidades de expansión comercial del burgués, el avance del conocimiento, pero sobre todo la seguridad en la protección de la propiedad del nuevo Estado inglés, fueron estimulando el desarrollo tecnológico al punto que se produjo la primera Revolución Industrial, con creaciones de distinto tipo, particularmente importantes en la producción de tejidos (Nieto Gutiérrez, 1975, p. 71).

Entre tanto, Europa continental, con la ilustración, llegaba al cuestionamiento del poder monárquico a partir de las ideas de Locke pero también de aquellas que impugnaban el sustento divino del rey (secularización), con los burgueses a la cabeza del movimiento que alentaba una nueva forma de entender las relaciones políticas y económicas, en torno de la racionalidad del ejercicio del poder y las consecuentes prerrogativas ciudadanas en forma de derechos: Voltaire, Diderot, Condillac, Helvetius, Montesquieu, Hume, Meslier, Le Metrie, Bayle, Leclerc de Buffon, D' Holbach, entre otros (Blom, 2010).

El Estado liberal

El burgués llegó con sus revoluciones, la inglesa, la norteamericana y la francesa, lo cual implicó varias consecuencias: El triunfo del capital sobre la tierra, la instauración de un gobierno eminentemente civilista sin sustento divino, en el que ganó la libertad, murió el súbdito y nació el ciudadano titular de derechos; y, por tanto, el hombre desde entonces fue dueño de su destino, de su salario, de sus obras, de su familia, de su persona y de sus bienes, de su futuro, de su vida y de su muerte.

El Estado de derecho

Surgió también en este momento de la historia, ya que el burgués, preocupado por el escenario propicio para la reproducción del dinero, adoptó varios esquemas para proteger el logro obtenido con la revolución: El sufragio censitario y la codificación romanista de corte individualista (Zagrebelsky G., 2013). Dentro de lo primero está ínsita la idea de la protección de su revolución, en el entendido de que solo los burgueses pueden elegirse entre ellos mismos y esa endogamia los protegería de la contra revolución legislativa, con lo cual resucitaron un mandato del derecho romano contrario al sufragio universal conocido como el voto censitario. Esto bajo el supuesto de que solo

quien financia al Estado puede participar en sus decisiones, según explicaba el abad Sieyes:

“Todos los habitantes de un país deben gozar de los derechos de ciudadano pasivo: todos tienen derecho a la protección de su persona, su propiedad, su libertad, etc., pero no todos son ciudadanos activos. Las mujeres, por lo menos en el estado actual, los niños, los extranjeros, y aún aquellos que no contribuirían en nada a sostener el establecimiento público, no deben de ningún modo influir activamente en la cosa pública. Todos pueden gozar de las ventajas de la sociedad: pero solo los que contribuyen al establecimiento público, son como los verdaderos accionistas de la gran empresa social. Ellos son los verdaderos ciudadanos activos, los verdaderos miembros de la asociación” (Viamonte, 1789).

La positivización del derecho romano surgió como consecuencia de la revolución, orientada a garantizar la protección de todo aquello que los ocho siglos anteriores les fue negado a los burgueses: El respeto de sus inversiones, de sus empresas y de su dinero y por tal razón resucitaron el derecho civil romanista, encaminado a proteger al *pater familias*, esto es, al 6% de la población rica de la Roma enterrada, ya que el resto de la población dependía de ellos, esto es, sus familias, esclavos, hijos, y empleados. Así, se legisló para toda la ciudadanía en función de derechos de los que solo eran titulares quienes tenían dinero para procurárselos, y se extendieron las libertades a todos, esto es, los derechos que implicaban la simple omisión del Estado; y así se llegó al Estado liberal.

Así pues, el Estado liberal y el Estado de derecho nacieron bajo el mismo supuesto de garantía. Y como la intención de los burgueses era apoderarse de todas las actividades desarrolladas por la corona que pudieran producir lucro, dictaminaron que el Estado solo se podría dedicar al mantenimiento de la seguridad y que debía dejar que los particulares se ocuparan de todo lo que pudiera generar ganancia, y así se imaginaron un Estado pequeño, que dejase

hacer y pasar, y permitiera que la mano invisible de la oferta y la demanda regulara las relaciones sociales (Smith, 2011). Con el tiempo se fue extendiendo el sufragio hasta hacerlo universal, y seguimos aplicando aquella legislación individualista concebida en la Revolución Francesa.

No en vano el modelo sobre el cual se construyó la revolución fue el contractualista (Ávila Torres, 2012, p. 75), el que implica la presencia de dos partes que en igualdad de condiciones obtienen un acuerdo de voluntades con el cual fundan el Estado que favorecería a los contratantes. Ese contrato romanista es el que está en el alma de las revoluciones, propias de los burgueses. En ese delirio fue creciendo la automatización de la producción que fue ensanchando el imperio de las máquinas de textiles y a la vez fue devaluando en extremo el valor de la obra de mano trabajadora, frente a lo cual reaccionaron los “Luditas”, personas que se oponían a la expansión industrial porque sentían destruido su trabajo (Acemoglu & Robinson, 2012, pp. 108-109). Así se fueron imponiendo las condiciones de miseria del mercado y por tanto de toda la población, descrita en obras como *Los Miserables* y *Oliver Twist*, en las que Víctor Hugo y Charles Dickens, fueron contando los niveles de postración de los derechos a los que fue llevada la recientemente aparecida clase social llamada despectivamente como el proletariado, aduciendo para su mote, que lo único que sabían hacer era familia. Y el catálogo de derechos era solo destinado al hombre blanco, varón, rico, católico y joven, y del resto se ocupaban la miseria y la negación.

El cuestionamiento del papel del Estado surgió de inmediato en el entendido de que mientras en la época medieval el siervo al menos tenía asegurada su vivienda, alimento, vestido, protección y algo de dignidad, con el avance a su condición de ciudadano, pasando por la de súbdito, ascendió dos peldaños en la escalera del reconocimiento formal de los derechos, pero descendió vertiginosamente por

la ruta de la concreción real de sus expectativas más elementales de supervivencia. Es honroso que ahora ostente la calidad de ciudadano, pero humillante que solo tenga libertad para morir de hambre con su familia.

Entre tanto, las discusiones que se daban en la naciente república de Colombia se referían a si se protegía el comercio o la tierra, y si nos debíamos parecer en la forma de gobierno a Inglaterra, Francia, Estados Unidos, o si a España, o incluso si volvíamos a ella como colonia, y por supuesto, la confrontación fue la forma de dirimir todo aquello mediante 9 guerras civiles y múltiples contiendas por las cuales definiríamos si éramos centralistas o federalistas, el modo de producción, si privilegios a los terratenientes y el papel de la iglesia en el Estado (Becassino, 2015, pp. 121-122). Pues bien, no faltó mucho para retroceder: Solo en 1886 abrazamos una Constitución de estirpe conservadora que nos regresó a la cultura del medioevo, con la iglesia decidiendo los principales aspectos del Estado como la educación sumisa que garantizaría la obediencia y la incapacidad de asumir el proyecto de vida como expectativa de cada persona (Galvis, 1986).

El Estado social

No funcionó muy bien ni por mucho tiempo el liberalismo económico por cuenta de que la automatización de los procesos productivos generada por la revolución industrial relegó a la obra de mano proletaria y alteró el equilibrio que restablecería la mano invisible. Por tanto, se desató una crisis humanitaria nunca antes vista en Europa, la que fue siendo observada por la vía de la reivindicación de los derechos de los obreros, que condujo con el tiempo al reconocimiento del Estado social (Casado, 2009, pp. 133 y ss). El voto censitario con el que comenzó el discurso de la modernidad, fue lentamente cediendo terreno a favor del voto universal de los varones, gracias a la presión

ejercida por los sindicatos y posteriormente por los partidos obreros, y revoluciones como la de París de 1848, creando los conceptos de “Estado democrático y social”, apalancado en el movimiento obrero. Gracias a la presión ciudadana el mariscal Bismarck comenzó a hablar de los derechos sociales, pero la presión del proletariado venía por el camino de la política, pero también de la protesta producida por la miseria que se vivía, la cual fue denunciada no solo por la literatura sino también de manera muy importante por el discurso social de la iglesia, vertida en la encíclica *Rerum Novarum* publicada por el Papa León XIII el 15 de mayo de 1891, la que se convirtió en una consigna fundamental para las reivindicaciones sociales.

La revolución mexicana que parió la Constitución de Querétaro de 1917 reconoció por primera vez de manera formal el Estado Social y los derechos sociales fueron incluidos en la Constitución de Weimar de 1919, y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se extendió el reconocimiento al Estado social.

No se puede pasar por alto que los movimientos fascistas fueron presentados como promesas de reivindicación del pueblo alemán derrotado y humillado en la primera guerra mundial; de la clase trabajadora de Italia devastada por la Gran Depresión; y, de la Familia y la Religión Católica española. Se puede observar como los objetivos generales fueron colocados por encima de la dignidad del hombre, e invocando las generalizaciones se justificó toda clase de crímenes argumentando las reclamaciones prometidas.

Entre tanto, en los Estados Unidos, en vez de pensarse en la condición de propietario, característica del Estado liberal clásico, el presidente Franklin Delano Roosevelt formuló una propuesta diferente, a partir de la vigencia de las cuatro libertades: La libertad para hablar, la libertad religiosa, estar libre de la necesidad y estar libre del miedo al terror (Quitmann, 1989). Así, con la formulación de la expresión de la

libertad para ser propietario, pero en sentido contrario –hecha como presupuesto del New Deal–, vale decir, estar libre de la necesidad, se logró algo muy interesante, y es, en principio, advertir que la acumulación de bienes la justifica solo el miedo a la carencia, esto es, la propiedad acumulada respalda al ciudadano para cuando vengan épocas difíciles. En segundo término, que un Estado que se preocupe de cubrir las necesidades básicas de sus asociados, los libera de la carga de ahorrar para comprar más y más bienes de capital, vale decir, seguridad económica en forma de acumulación, y, en cambio los invita a no atesorar y a gastar lo que puedan en lo que le produzca bienestar inmediato; con el objetivo de fortalecer la economía y la producción a partir del estímulo del consumo

Con dichos planeamientos –el del Estado social y el New Deal–, quienes lo formularon, lograron que la sociedad pasara de la depresión y la angustia originada en la cercanía con el fin, al optimismo generado por el re lanzamiento de la persona humana, victoriosa sobre los horrores de la guerra.

Conviene observar que el Estado liberal surgió como consecuencia de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, buscando construir el horizonte de manera secular, esto es, desprovisto de dogmas preconcebidos, y solo fundamentado en el descubrimiento del hombre como auto fin en sí mismo, colocando las libertades en el centro de su punto de mira, de manera que justificaran su existencia en la garantía de aquellas, protegiendo al hombre del gran poder del Estado. Ese Estado liberal asignaba derechos sin mención, por cuanto propiciaba la igualdad formal, y protegía los derechos básicamente no afectándolos y legislando para su reconocimiento, y no participaba en la producción de bienes y servicios por cuanto se consideraba que la adversaria de los derechos burgueses clásicos era la expansión estatal. Tal situación conllevó a que las condiciones de desigualdad, exclusión y miseria generadas por aquel Estado liberal hicieran

necesario el reconocimiento y garantía de los derechos que suponían más que mera igualdad formal, esto es, aquellos que significaban igualdad material dentro de un contexto del mínimo existencial a cargo del Estado.

Por eso el Estado social requiere un gran tamaño, porque directamente se compromete con la producción de bienes y servicios necesarios para la igualación de los más desfavorecidos ya que intenta distribuir bienes jurídicos de contenido material, superando los meramente formales del Estado liberal; es un Estado gestor, a cuyas condiciones tendrían que someterse todos los intercambios, las leyes del mercado y todas las relaciones, con el punto de mira en la promoción de la dignidad y la equidad.

Esto porque en el Estado social se parte de reconocer que lo único que puede asegurar la justicia de los valores sociales frente a la injusticia de las leyes del mercado es la acción del Estado que realiza su tarea en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.

En todo caso, fácil resulta vaticinar que la gran dificultad de la financiación de prestaciones de aquel Estado de bienestar, también conocido como *welfare state*, queda en evidencia frente a la creciente carga social y a la aminorada tributación, lo cual insinúa su crisis. En la intención de hacer una comparación sistemática y esquemática entre el Estado liberal y el social, se plantea la siguiente:

Características del Estado liberal	Características del Estado social
Se sustenta en la justicia conmutativa.	Se fundamenta en la justicia distributiva.
Asigna derechos sin mención de contenido.	Distribuye bienes jurídicos de contenido material.
Se realiza como legislador.	Se expresa en el Estado gestor, que incluso subordina al legislador.
Se limita a asegurar la justicia legal o formal.	Extiende su actividad al logro de la justicia material.
Busca proteger a la sociedad del Estado.	Sus objetivos son las prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.
Dirigido a una sociedad de iguales.	Pensado para una sociedad plural.
La ley es el elemento fundamental de la realización del Estado.	La realización del Estado se busca en la justicia material.
Se preocupa ante todo de los derechos de libertad, u omisivos, cuya garantía se logra con el simple no hacer del Estado.	Se dedica a la protección y concreción efectiva de los derechos de prestación (salud, educación, empleo, vivienda, seguridad social, entorno vital, etc.
Su tamaño es reducido	Su tamaño es amplio porque presta servicios directamente
Se ocupa fundamentalmente de la seguridad	Dirige sus esfuerzos a la regulación de la economía en condiciones de igualdad y dignidad para todos
La prestación de derechos es entregada a los particulares (privatización)	La prestación de derechos está asignada preferiblemente al Estado, que no busca ganancia
Se preocupa fundamentalmente de las condiciones de la libre competencia	Se preocupa de las condiciones de supervivencia, del mínimo vital, de la dignidad económica de las personas
La mano invisible de la oferta y la demanda es la que regula las relaciones sociales	Interviene directamente planeando la economía y la prestación de los derechos sociales
Deja que los particulares diseñen la economía	Realiza una labor fundamental de planeación
El valor de la ley es vital y el papel del legislador es insustituible	Se inclina por el juez como creador de derecho y por tanto, propicia el gobierno de los jueces
Pregona la individualidad como valor	Su vocación es la solidaridad
La igualdad formal ante la ley es su doctrina	La equidad y la discriminación positiva su consigna

El lanzamiento del neoliberalismo

En noviembre de 1989 la caída del muro de Berlín, símbolo de la lucha de dos modelos políticos y económicos hegemónicos¹, se identificó como el triunfo del capitalismo, y se dio inicio a la “planetización”, o “globalización” de la economía de mercado, con unos parámetros únicos y precisos, dictados por el llamado “*Consenso de Washington*” que fue como se le llamó al paradigma económico dominante, pactado entre el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y varias organizaciones y centros de reflexión y análisis económico de esa capital (Toro Hardy, 2007, pp. 231).

El término de “*Consenso de Washington*” fue dado por el economista John Williamson al conjunto de diez directrices formuladas para lograr la verdadera reforma económica alrededor del mundo de los negocios, que buscaban básicamente la flexibilización de las economías nacionales de manera que se convirtieran en entornos apetecibles para los inversionistas transnacionales, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- 1) Imposición de disciplina fiscal, lo que equivale a reducir la brecha entre egresos e ingresos, que a su vez implica Estados más pequeños, con menos servicios a su cargo, esto es, aminorando sus costos e inversiones y reduciendo la influencia de su poder circulante;
- 2) Priorización del gasto público, con especial énfasis en grandes obras de infraestructura, en las cuales se permita la competencia de inversionistas extranjeros;
- 3) Flexibilización de las economías: reglas de seguridad jurídica que garanticen inmunidad a los capitales extranjeros frente a los avatares y controles domésticos;
- 4) Desregulación del sector financiero;

- 5) Reformas impositivas;
- 6) Liberalización del comercio;
- 7) Flexibilización de las relaciones laborales; y,
- 8) Modernización de los aparatos de justicia.

La esquizofrenia constitucional

Como se puede observar, Colombia llegó al Estado social a través de la Constitución Política de 1991 cuando el mundo había iniciado su desmonte dos años antes. La hipótesis que está formulada en este documento está fundamentada en que al cumplirse en Colombia ciegamente los planteamientos del Consenso de Washington, que pregonan un neoliberalismo de alcance planetario, no obstante tener una Constitución de Estado social, se incurrió en una incoherencia de unas magnitudes insospechadas. Aquel Estado social que pretendía convertirse en gestor para garantizar los derechos económicos sociales y culturales de los más desfavorecidos, ha debido olvidarse de lo social y reducirse para entregar todo lo que pueda ser comerciable a los intereses de los comerciantes, que vienen con su capital buscando ganancias.

Por ello, nuestra Constitución ha tenido que modificarse de manera permanente, para reducir las expectativas prestacionales. Como garantía de realización de los derechos económicos se incluyó la destinación creciente de los ingresos fiscales a las regiones, de suerte que los artículos 356 y 357 señalaban incluso porcentajes y formas de distribución para la financiación de salud y educación, hasta tanto se llegara a la atención adecuada, y el aumento sistemático de los recursos destinados a inversión social. Pero todo aquello fue modificado con el Acto Legislativo 01 de 2001, limitándose a unos puntos por encima de la inflación. Con la Ley 100, sobre la base de la mano invisible del mercado, se entregó la administración de la salud a las empresas privadas EPS y ARS y se crearon los fondos privados de pensiones.

El Estado con sus políticas públicas ha sido incapaz de enfrentar la inequidad de la sociedad colombiana, lo cual se evidencia en las cifras catastróficas que nos muestran los niveles de pobreza, de desempleo, de exclusión, de desplazamiento, de salud y de educación (Arias Duque J. C., 2006, pp. 127 y ss.) que vemos todos los días en los distintos análisis de la realidad nacional.

Del cumplimiento de todas y cada una de las directrices del Consenso de Washington en nuestro país no cabe la menor duda. El ex ministro de salud Juan Luis Londoño sostuvo en esta dinámica de raciocinio que:

“la política social es la política de dar oportunidades a la gente para que manifieste sus capacidades, por lo tanto, no hay que hacer un esfuerzo explícito. La salud, la educación, la vivienda, el agua potable, son negocios como cualquier otro y hay que procurar las condiciones para que esos negocios se puedan realizar; no vale la pena hacer un esfuerzo propiamente de Estado, el Estado, por el contrario, debería retirarse” (Zapata, 2000, p. 126).

En sentido contrario a este planteamiento, sabemos que cuando nos reconocemos como un Estado Social y Democrático de Derecho, estamos comprometidos con la organización social empeñada o aplicada en lograr la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales de la mayor cantidad posible de gentes, sin descuidar, claro está, los derechos individuales; y no en la maximización de la ganancia de unos pocos.

Frente a la flexibilización laboral, ni hablar. Se buscaba con esa medida que los grandes inversionistas transnacionales pasaran buscando por los distintos países globalizados aquel que más oportunidades de inversión ofreciera, esto es, en cuál de los países del tercer mundo resultaba más barata la transformación de la materia prima, del que se pueda salir sin dejar allí las ganancias. Para eso era necesario

que se “flexibilizara la relación laboral”, que se facilitaran los procedimientos de enganche y desenganche de trabajadores, esto es, que se modificaran las “pesadas” cargas que los patronos debían sufragar, a quienes, por el contrario, solo se podía profesar gratitud y solidaridad por dar oportunidad laboral a los desesperanzados de por aquí.

El cumplimiento que nuestro Estado hizo de esta tarea del Consenso de Washington fue evidente: la Ley 50 de 1991 “flexibilizó” la relación laboral, y de paso le quitó estabilidad a los trabajadores, la reforma a la seguridad social, la modificación de las formas de contratación de personal, además de la Ley 789 de 2002, permitieron que los trabajadores cada día fueran siendo menos, en la medida en que se convirtieron en extrabajadores, ahora contratistas independientes sin los derechos que todo trabajador formal posee, como vacaciones, cesantías, primas, estabilidad, y ahora sufraga de sus reducidos ingresos sus aportes a salud y a pensión y varios impuestos. Cuando es que no pertenecen a una de las famosas “Cooperativas de Trabajo Asociado”, que se constituyeron en la principal trampa de los derechos laborales para ventaja de los empleadores, los mismos de antes, pero que ahora tienen a los mismos trabajadores, a precios más bajos y con menores costos y más ganancias. Bien se dice a modo de burla, o de consolación, que estas personas pertenecen al sector privado... privado de vacaciones, de primas, cesantías y en general de derechos.

Mientras que la Constitución Política reconoce un salario mínimo, vital y móvil, pregona el derecho al trabajo en condiciones de igualdad, mientras concibe la relación laboral justa como objeto de protección ya que el trabajo es el principal espacio de realización personal y social, el mundo globalizado desprecia la estabilidad y los derechos de los trabajadores, en esa competencia asquerosa por la obra de mano más barata, sin que importe nada más.

La suscripción de tratados de libre comercio evidencia el cumplimiento de la liberalización del comercio como tarea impuesta por el Consenso de Washington. Un comercio libre será aquel que se desarrolle sin mayores controles. A su vez, era necesaria también una justicia moderna, seguramente, más ágil, y más dispuesta a las dinámicas comerciales, en todo caso más confiable, para lo cual había que diseñar mecanismos y procedimientos para que el patrimonio de los inversionistas no estuviera en riesgo; y, lograr esa justicia más moderna que pasaba por quitarle a la jurisdicción ordinaria una gran cantidad de procesos, de litigantes que huyen de su campo de acción; y por supuesto, del uso del derecho penal en protección, ante todo, de los inversionistas.

Pues bien, la situación del sistema de salud retrata con precisión los resultados de la esquizofrenia: El modelo está pensado para que lo administren particulares y diseñado para que una comunidad creciente de trabajadores subsidien con sus aportes al cada vez más reducido número de desempleados y desamparados, esquema al que la realidad le muestra la tendencia inversa ya que se incrementan los trabajadores en la informalidad y en cambio se reduce la masa de los que aportan al sistema de salud, amén de la enorme corrupción que se ha enquistado en todo el proceso de prestación del servicio público de salud, llevándolo a niveles cercanos al colapso. Esto es, que el modelo está pensado en perspectiva de la solidaridad propia del Estado social pero desarrollado en la selva del sálvese quien pueda de la dictadura del mercado.

Dentro de la justificación para la reducción de los ingresos a las regiones, por supuesto que se encuentra la guerra, y la actividad de los Señores de la Guerra. Pero también la falta de voluntad política, y tal vez la falta de capacidad de los políticos de cambiar, como lo reconoció valerosamente en su momento un senador, que luego de ser congresista durante 22 años,

confiesa su frustración e impotencia por no haber podido hacer nada al encontrarse con lo que identifica la lucha por la equidad como *“imposible en nuestro país dominado por minorías privilegiadas que detentan el poder político”*, todo al percatarse desde su curul legislativa, que *“los poderes económicos son los dueños del poder político mientras no se rompa ese círculo infernal que deforma la democracia y hace de ella una plutocracia”*. Y agrega, *“Hoy, acepto humillado y avergonzado ante la realidad, el triunfo de la injusticia y del oprobio, la inutilidad de mi discurso y mi fracaso al no haber podido contribuir en el cambio de las estructuras económicas que nos rigen.”* (Martínez, 2006).

El papel del Estado frente a la realidad globalizadora cambia tremendamente. Mientras que el individuo ha sido reemplazado por el desarrollo económico, como punto de mira, la política ha sido desplazada por el mercado como máxima instancia de regulación social, vaciándola de contenido frente a decisiones tomadas en otras partes, en organismos multilaterales, frente a las cuales el Estado nación, poco puede decir. Esto porque la política de mercado global no reconoce límites de espacio ni de tiempo, estrecha las fronteras jurídicas y burocráticas entre las naciones, inmuniza los capitales financieros a la fiscalización gubernamental, distribuye ganancias en varios países, y en general, reduce la sociedad a un conjunto de grupos y mercados unidos en red, frente a los cuales se diluye la capacidad del Estado.

El papel del Estado ha sido modificado, reducido, puesto que sus principios de soberanía y territorialidad, equilibrio de los poderes, distinción entre lo público y lo privado y la concepción del derecho como un sistema lógico formal se ven insuficientes, anacrónicos, frente a las nuevas formas de poder.

Y si el Estado cambia de rol, también varía el de sus agentes, entre ellos el del juez, cuyo campo de actividad inicialmente fue pensado para el control del poder del soberano, de

manera que pudiera ser el garante de los derechos individuales; pero posteriormente se vio comprometido con expectativas compensatorias y distributivas; pero se enfrenta ahora al reto de la globalización. La disolución de las fronteras y la velocidad de la comunicación vienen logrando que los conflictos se resuelvan en instancias externas al poder judicial, que poco a poco se va quedando sin poder, en tanto que a nivel local ha venido siendo desplazado por las formas extra-procesales de definición de los conflictos, y a nivel internacional han surgido instancias supranacionales que también se encargan de lo mismo, como la Organización Internacional del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, los arbitrajes internacionales, para solo mencionar las más importantes; todo lo cual hace que los generadores de riqueza huyan de las administraciones de justicia que en todo caso no se ajustan a las necesidades del mercado, tanto por el tiempo en el que deciden, como por la legislación que aplican, y por eso van por el mundo buscando donde se les ofrece los mejores espacios de flexibilidad para poder multiplicar su inversión, o buscando crear las reglas que más les convenga (Faria, 1997).

Nos acercamos al convencimiento de que el aumento de la “confianza inversionista” se logra gracias a la agonía, o por lo menos a la reducción de la administración de justicia, que pudiera administrar y asignar derechos, de reconocimiento de prerrogativas contenidas en las constituciones políticas. Todo parece indicar que la confianza inversionista se logra, entre otras cosas, seguramente, quedando fuera del alcance de las administraciones de justicia nacionales.

Como se observa, la esquizofrenia constitucional toca todos los niveles de los derechos de prestación y particularmente trata de maniatar a la administración de justicia para que cada vez tenga menos que hacer frente al avance del capital en contra de los derechos de los

ciudadanos más desfavorecidos. En todo caso, fiel al concepto del Estado social, el artículo 1° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, advirtió que tiene como función la de hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, los cuales una vez constitucionalizados no pueden estar al alcance de la ley que los limite o los condicione, en un proceso que parece definir el concepto de soberanía popular por el de soberanía constitucional, esto es, el paso del Estado de derecho al Estado constitucional (Zagrebelsky G. , 2013, p. 12).

La justicia del Estado esquizofrénico

Dentro de toda esta incoherencia de nuestro modelo constitucional con su desarrollo normativo emerge el juez como garante del desarrollo del Estado social, con un claro mandato de hacer efectivos los derechos de todos los ciudadanos, ahora constitucionalizados y protegidos de las leyes regresivas y neoliberales, aún de las leyes del mercado. (Torregrosa N. y Torregrosa R., 2012). Para el efecto, y de conformidad con lo dispuesto por el profesor Llano:

“en la actualidad existen distintas prácticas jurídicas que coexisten en el complejo y conflictivo contexto colombiano donde los actores armados realizan regulaciones en las localidades de su influencia, desplazando a las instituciones estatales responsables de dichos procedimientos” (Llano, 2013, p. 258).

Del modelo constitucional emerge el juez comprometido con el desarrollo de la justicia, superando el estrecho modelo liberal en el cual la justicia se equiparaba con la ley. Y en ese contexto son varios los cambios significativos que se registran: La superación del Estado de derecho por el Estado constitucional, de la soberanía popular por la soberanía constitucional, la superación de la igualdad formal a favor de la equidad, la redefinición del formalismo legalista en pos del justicialismo principialístico, la superación de la teoría decimonónica

de los derechos públicos subjetivos hacia la fundamentación constitucional de los derechos y su autonomía frente a la ley (Zagrebelsky G., 2013).

Ese Estado social colocó en las manos del juez todas estas conquistas, en primer término de la Corte Constitucional, de la mano del control de exequibilidad y de los recursos de amparo, con lo cual interviene en la formulación, ejecución y evaluación de todas las políticas públicas, del funcionamiento del Estado en general e impacta los procesos legislativos de todo orden. Pero, en general, a todos los jueces les otorgó la protección de la justicia sobre la ley.

Frente a esa nueva relación del juez con la ley, la Constitución lo graduó como creador de derecho, y así, el espíritu formalista decimonónico cedió su espacio de protección de clase a favor del cumplimiento y realización efectiva de los derechos lo que implica la inclusión en el mundo de lo que se conoce como el neoconstitucionalismo o pos-positivismo en el que el juez supera la condición de mera boca de la ley para convertirse en creador de derecho, ya que se deja atrás la reducción decimonónica de la justicia limitada al imperio de la ley (Zagrebelsky G., 2013, p. 97).

Así, la justicia propia del Estado de bienestar es aquella que busca la equidad social por encima del mandato estrecho de la ley, ya que su caracterización fundamental fue la constitucionalización de los derechos con lo cual se ascendió al juez a la perspectiva constitucional, en la que tiene capacidad para mirar ante todo el mandato del texto superior, al que, por supuesto, están adscritos los tratados internacionales que le dan mayor capacidad de rendimiento a los derechos sociales, subordinando el alcance de la ley al concepto de justicia constitucional. Y llegado a este estadio es menester hacer una precisión metodológica, y es que no obstante las diferencias que pudieran tener, identificamos como sinónimos los conceptos de Estado social,

Estado constitucional, Estado de bienestar y Estado prestacional.

Ese modelo que comenzó a desarrollarse en la Europa devastada por la Segunda Guerra Mundial fácil pudo cuestionar el alcance de la propiedad privada y la potencia de la legislación romanista que la protegía porque al fin y al cabo lo que estaba en riesgo era la superación de la situación de miseria extrema en la que habían quedado sumidos los sobrevivientes a quienes había que cubrir con todo el poder protector del Estado. Ese Estado liberal que pregona la individualidad y la ganancia indiferente podía sencillamente ser enfrentado con un discurso solidario y equitativista desarrollador de la dignidad de la persona, porque la crisis de aquel momento así lo imponía y lo urgente era desarrollar los derechos sociales en pro de consolidar en poco tiempo una gran clase media.

Y así se construyó la doctrina del Estado social: El culto al formalismo legalista propio del derecho romanista y napoleónico, coherente en buena parte con la propuesta kelseniana de la Teoría Pura del Derecho, fue siendo matizado por discursos como los de Radbruch que pusieron en evidencia la superación de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo a favor de una “tercera vía” (Kaufmann, 2002, pp. 89-110) en la que caben como propuestas alternativas una filosofía material del derecho (Radbruch), la hermenéutica jurídica, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los general principles of law (Ronald Dworkin) la critical legal studies (Robert Unger) luego desarrollados por los distintos pensadores que se han dedicado a la filosofía del derecho; motivados por los problemas que el simple texto legal no solucionan o no lo hace de manera justa y adecuada a los tiempos y a la realidad social que intentan intervenir.

Como se puede observar el Estado social tomó forma en la Europa desolada y destruida con la misión de generar una gran clase media,

lo cual más o menos se cumplió, dentro de un escenario de discusión del alcance de la ley con el anhelo de justicia.

Frente a esta realidad conviene observar que las condiciones en que los países suramericanos fueron llegando a estas discusiones fueron completamente diferentes. Para empezar, arribamos a la modernidad y al Estado liberal, sin haber vivido el proceso de auge burgués, y por tanto sin cuestionar aquello que le daba sustento al sistema feudal como fueron la iglesia, la concentración del poder en el monarca, la limitación a las libertades vinculadas con la ganancia -como la libertad de empresa y la protección de la propiedad-, e incluso, algunos países, como el nuestro, sin siquiera consolidar el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado.

En todo caso llegamos al Estado social con una Constitución que, aunque reconoce la primacía de la dignidad humana sobre el interés general, y pregona la equidad, advierte a sus jueces que están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia y los principios del derecho y la doctrina jurídica, son solo criterios auxiliares. En todo caso es claro que la ley no puede ser contraria a la Constitución.

Y así arribamos al constitucionalismo contemporáneo, sin pasar por los estadios que motivaron los cambios que fueron su causa. Precisamente por eso se sigue enseñando en Colombia el derecho propio del Estado liberal, el de la igualdad formal y el del culto irrestricto a la ley y cuando algún juez, comenzando por la Corte Constitucional expresa el valor del constitucionalismo en una decisión justa, es calificado de legislador, de invasor, de francotirador contra el Estado de derecho ya que sus decisiones se consideran ilegítimas por cuanto carecen de respaldo democrático.

Pues bien, desde muy temprano nuestra Corte Constitucional entendió el papel del juez del Estado social y el Legislador también

lo plasmó en la ley. Si el principio de legalidad fue el sustento del Estado de derecho para proteger al burgués de la arbitrariedad estatal, la equidad es la defensa del ciudadano contra la gran tiranía del mercado y del capital, y el juez ha de ser gestor de dicha protección. En la T-406 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, manifestó:

“1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

*2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del **Estado bienestar** (welfare State, stato del benessere, L’Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de **Estado constitucional democrático**. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.*

a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho

y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política” (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

La gran dificultad, insistimos, está en que la igualdad formal, propia del liberalismo supone, al estilo rousseauiano que todos somos iguales ante la ley y por lo tanto merecemos igual intensidad de protección; lo que constituye justamente aquello contra lo que reacciona el Estado social. Si vemos el orden de sus elementos fundantes del previstos en el artículo 1° de nuestra Constitución Política, se observará que primero está la dignidad, luego el trabajo, posteriormente la solidaridad, y por último el interés general, de donde, la dignidad dentro del Estado social, lleva implícita la equidad, tal como lo determina la misma Carta Política en su artículo 13.

Así pues, el juez debe defender al ciudadano del Estado social del gran capital y de la maximización de la ganancia, también de la corrupción asociada a la privatización de los servicios públicos, y como si fuera poco del desmonte de la justicia. Los ejes de las reformas a la justicia son el desmonte del constitucionalismo social, la apertura de la administración de justicia a criterios de eficiencia del mercado y el énfasis en el rol de la justicia como facilitadora del mercado (Rodríguez Garavito & Uprimny, 2006). Y, además, más derecho penal, más castigo. Mientras se flexibiliza el derecho civil,

el derecho comercial y el derecho laboral, el derecho penal se endurece Como expresa Faria: “Con la globalización, los “excluidos” del sistema económico pierden progresivamente las condiciones materiales para ejercer sus derechos fundamentales, pero no por eso están dispensados de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación. Con sus prescripciones normativas, el Estado los integra en el sistema jurídico básicamente en sus vertientes marginales, esto es, como deudores, invasores, reos, transgresores de toda clase, condenados, etc. Ante la ampliación de la desigualdad, las bolsas de miseria, la criminalidad y la propensión a la desobediencia colectiva, caben así al Estado— y dentro de él, al poder judicial— funciones eminentemente punitivo-represivas. Para eso, viene cambiando el concepto de intervención mínima y última del derecho penal, volviéndose cada vez más simbolista, promocional, intervencionista y preventivo, mediante la difusión del miedo entre su clientela (los excluidos) y el énfasis en una pretendida garantía de seguridad y tranquilidad social. Mientras que en el ámbito del derecho económico y laboral se vive hoy un período de reflujo y “flexibilización”, en el derecho penal se da una situación inversa: una veloz e intensa definición de nuevos tipos penales; una creciente jurisdiccionalización y criminalización de variadas actividades en inúmeros sectores de la vida social; el debilitamiento de los principios de legalidad y de tipicidad, por medio del recurso a normas con “contextura” abierta; la ampliación del rigor de las penas ya establecidas y de la severidad de las sanciones; la aplicación casi sin restricciones de la pena de prisión; y el aligeramiento de las fases de investigación criminal e instrucción procesal” (Faria, 1997).

Y, como se ha dicho, las herramientas con las que cuenta el juez constitucional para hacer de la Carta Política un documento vivo con efectividad práctica están dadas en el control constitucional que hace de las leyes, de las

decisiones judiciales y de las políticas públicas, mediante el cual tiene como tarea histórica revertir, o por lo menos controlar la esquizofrenia constitucional que atosiga y ahoga a los pobres, que amenaza con la desaparición del Estado y que le quita el poder al ciudadano (Arias Duque, *La agonía del Estado y el ocaso del ciudadano.*, 2014, p. 87).

Conclusiones

El Estado liberal con su expresión de Estado derecho, sufre una inmensa transformación en el contexto del Estado social ya que sus objetivos son muy diferentes: mientras que el primero apunta a la protección del mercado y del capital, el segundo se ocupa de la protección de la dignidad de la persona con todas sus extensiones.

Colombia llegó al Estado social cuando el mundo comenzaba su desmonte a partir del cumplimiento de las consignas del Consenso de Washington, por lo cual comenzamos a vivir una especie de esquizofrenia, de desajuste o incoherencia entre lo que la Constitución Política declaraba y lo que la ley ordenaba.

Nuestro país ha ido abrazando modelos por imitación, en la medida en que no vivió los pasos mediante los cuales se han ido llegando a los distintos estadios constitucionales: no hemos consolidado el monopolio de la fuerza, propio de las monarquías absolutas de los europeos de los siglos XIV a XVI, no experimentamos lo que los burgueses cuando produjeron las revoluciones de los siglos XVI y XVII, y tampoco tuvimos la gran clase productiva del Estado liberal, ni tampoco generamos la gran clase media del Estado social, y acudimos ahora al desmonte del Estado social.

Los jueces colombianos deben utilizar los principios constitucionales para reducir los efectos de la esquizofrenia constitucional por la que hemos transitado durante toda nuestra vida republicana.

Referencias bibliográficas

Acemoglu, D., & Robinson, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto S.A.

Arias Duque, J. C. (2006). *El sistema acusatorio colombiano análisis desde su implementación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Arias Duque, J. C. (2014). *La agonía del Estado y el ocaso del ciudadano*. Bogotá: Amazon.

Ávila Torres, J. (2012). *El mandato del Estado del Estado Social de Derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Becassino, Á. (2015). *El laberinto de la paz*. Bogotá: Géminis LTDA.

Berger, P., & Luckmann, T. (2008). *La construcción social de la realidad*. México: Amororrtu Editores.

Blom, P. (2010). *Gente Peligrosa. El radicalismo olvidado de la ilustración europea*. Barcelona: Anagrama.

Casado, I. V. (2009). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Corte Constitucional, Colombia, Sentencia T-406, T-406 (Corte Constitucional 5 de Junio de 1992).

Faria, J. E. (1997). La globalización y el futuro de la justicia. *Jueces para la democracia.*, 89-93.

Galvis, L. (1986). *Filosofía de la constitución de 1886*. Bogotá: Lito Camargo.

García Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos.

Huberman, L. (1936). *Los bienes terrenales del hombre*. Bogotá: Editorial Génesis.

Kaufmann, A. (2002). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Externado.

Llano V. (2013). Prácticas jurídicas locales desde los actores del conflicto armado en Colombia en *Revista IUSTA*, No. 39, Edición Julio- diciembre de 2013, (pp. 257-287)

Martínez, D. (16 de julio de 2006). *El Tiempo*. Obtenido de "Me voy frustrado": <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2102974>

Nieto Gutiérrez, J. I. (1975). *El renacimiento y los orígenes del mundo moderno*. Madrid: Planeta.

Nieto, J. I. (1975). *El renacimiento y los orígenes del mundo moderno*. Madrid: Planeta.

Quitmann, H. (1989). *Psicología humanística*. Herder.

Rodríguez Garavito, C., & Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. En *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (pp. 109 y ss). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Smith, A. (2011). *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial.

Toro Hardy, A. (2007). *Hegemonía e Imperio*. Bogotá: Villegas Editores.

Viamonte, C. S. (21 de julio de 1789). Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. *Sesión de la Asamblea Nacional del 21 de julio de 1789* (p. 121). Ediciones Facultad en Derecho UNAM.

Zagrebelsky, G. (2013). *El derecho dúctil*. Granada: Trotta.

Zagrebelsky, G. (2013). *El derecho dúctil*. Granada: Trotta.

Zapata, R. A. (2000). *Del socialismo al neoliberalismo*. Manizales: Editorial Universidad de Caldas.

Nota

- 1 No obstante que Ortega y Gasset en la Revolución de las Masas, publicada a principios del Siglo XX ya lo había planteado, lo mismo que Marshall MacLuhan, que fue quien acuñó el término de "aldea global".