

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

**EL POPULISMO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA,
HACIA LA INSTRUMENTALIZACIÓN SIMBÓLICA DE LA CONSTITUCIÓN
POR MEDIO DE PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS FALLIDOS**

Juan Pablo Sarmiento Erazo

**EL CÓMPUTO DE TÉRMINOS PARA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS
EN MATERIA TRIBUTARIA, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO DE ESTADO**

Paula Arboleda Currea

Diego Fernando Garzón Otálora

**UNE APPROCHE COMPARÉE DES PRINCIPES DE PROPORTIONNALITÉ
ET DE SUBSIDIARITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE ET DU TJCA:
LA COORDINATION-HARMONISATION DES PLURALISMES JURIDIQUES
RÉGIONAUX À L'ÉPREUVE DE L'INTERNATIONALISATION DU DROIT
COMMUNAUTAIRE**

Grenfieth de J. Sierra Cadena

**DEFINIR AL AUTOR. DESDE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
HASTA EL MOVIMIENTO DERECHO Y LITERATURA**

Julio César Padilla Herrera

El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos

Constitutional populism in Colombia: towards symbolic efficacy of the Constitution through failed legislative bills

O Populismo Constitucional na Colômbia, para a instrumentalização simbólica da Constituição através de projetos de Atos Legislativos frustrados

JUAN PABLO SARMIENTO E.*
Universidad del Norte

FECHA DE RECEPCIÓN: 15 DE FEBRERO DE 2013 • FECHA DE ACEPTACIÓN: 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013

Para citar este artículo: Sarmiento Erazo, Juan Pablo, "El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos", *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, 15, (2), pp. 75-109.

RESUMEN

Diversos proyectos de acto legislativo que se han presentado en los últimos años parecen reducir la eficacia directa de la Carta y cargarla con una eficacia simbólica que compromete su coherencia, legitimidad y permanencia. En este artículo se argumenta, a la luz de tres proyectos de acto legislativo que se han planteado en el último período legislativo en Colombia, que el ordenamiento constitucional estaría siendo cargado de un poder simbólico hipertrófico que provoca, en realidad, una tensión entre la eficacia directa de las normas constitucionales y las aspiraciones programáticas permanentemente inconclusas.

Palabras Clave: populismo constitucional, eficacia simbólica del derecho, fetichismo legal, legitimidad de la Constitución, aspiraciones programáticas, eficacia directa de la Constitución.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster y Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte. Este trabajo es resultado del proyecto de investigación de populismo y derecho, de la línea de estudios interdisciplinarios del derecho, en el Grupo de Derecho de la Universidad del Norte, financiado por esta institución. Correos electrónicos: jpsarmiento@uninorte.edu.co, jua-sarm@uniandes.edu.co.

ABSTRACT

Different legislative acts that have been presented in recent years seem to reduce the direct effect of the Charter and to charge it with merely symbolic efficiency that compromises its consistency, legitimacy and permanence. This paper argues, in light of three bills submitted during the latest Colombian legislative session, that the constitutional system is being charged with hypertrophic symbolic powers which, in reality, causes strains between the direct effects of constitutional rules and permanently unfinished programmatic aspirations.

Keywords: constitutional populism, symbolic efficacy of law, legal fetishism, legitimacy of the Constitution, programmatic aspirations, direct effect of the Constitution.

RESUMO

Diversos projetos de Ato Legislativo que têm se apresentado nos últimos anos parecem reduzir a eficácia direta da Carta e carregá-la com uma eficácia simbólica que compromete sua coerência, legitimidade e permanência. Neste artigo argumenta-se, à luz de três projetos de ato legislativo que têm se exposto no último período legislativo na Colômbia, que o ordenamento constitucional estaria sendo carregado de um poder simbólico hipertrofico, que provoca em realidade uma tensão entre a eficácia direta das normas constitucionais e as aspirações programáticas permanentemente inconclusas.

Palavras-chave: Populismo Constitucional, eficácia simbólica do direito, fetichismo legal, legitimidade da Constituição, aspirações programáticas, eficácia direta da Constituição.

Introducción

La doctrina mayoritaria parecería sostener que la Constitución colombiana de 1991 ha emergido de un pacto político pluralista y medianamente incluyente. Es quizá, la Constitución más participativa y abierta que la historia colombiana ha producido, sin descontar por supuesto exclusiones que se provocaron coyunturalmente al momento de la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente.¹ Con todo, en 20 años de vigencia, varias instituciones constitucionales han sido modificadas y han alterado su contenido sustancialmente. Entre otros, se podría señalar la extradición de nacionales (2003), la reelección presidencial (2004), la eliminación de la Comisión Nacional de Televisión (2011) y la reforma al régimen de regalías (2011), entre otras reformas.

Si bien la Carta no cuenta con lo que la doctrina ha llamado “cláusulas pétreas”² –por lo menos explícitas–, la Corte Constitucional ha demarcado el contenido fundamental de la Constitución, cuya reforma supondría su

¹ Cuando se hace referencia al pluralismo y participación, relativamente incluyente de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se evoca el movimiento estudiantil y la confluencia de diversos partidos políticos, movimientos sociales y algunos representantes de los movimientos armados en desmovilización, que integraron la Asamblea Nacional Constituyente. Por oposición, las Constituciones previamente expedidas en la experiencia nacional, demuestran una alternación constante en el diseño institucional, efectuadas por los partidos dominantes, entre ellas, la central Constitución de 1886 creada por un Consejo de Delegatarios, prácticamente conservador; y las reformas posteriores, a saber, la de 1904, efectuada por el entonces presidente Rafael Reyes; la reforma de 1910, efectuada por la Unión Republicana, que incluía algunas facciones del Partido Liberal; la de 1936, que fue desarrollada en medio de una excluyente hegemonía liberal, al igual que la de 1945; y la de 1957, avalada por medio de plebiscito, así como las reformas efectuadas en el marco del llamado Frente Nacional, que alternaba los partidos liberales y conservadores, que en buena medida perdieron su poder de mediación, paulatinamente, para llegar a la crítica situación colombiana previa a la Constituyente de 1991. Las exclusiones señaladas tratan de contextualizar el problema de la integración de los grupos armados FARC, ELN y EPL, este último desmovilizado parcialmente. Ver entre otros, Granda Marín, Alberto, “Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991”, *Pensamiento Humanista*, 1994, (2).

² En un sentido más atenuado, el autor argentino Gregorio Badeni señala que las cláusulas pétreas pueden ser clasificadas como absolutas y relativas, permanentes y temporales, y expresas y tácitas. Para Badeni ellas constituyen un límite al poder constituyente derivado. Las cláusulas pétreas tácitas son aquellas que están integradas por los “principios y bases esenciales de la estructuración política”, cuya modificación “importará alterar los fundamentos históricos que motivaron su establecimiento”. En síntesis, señala el autor, la “cláusula de autodefensa de la Constitución tiene que abarcar cualquier tipo de suspensión o derogación inconstitucional de ella: sea violento o pacífico, tenga por fin atentar contra la constitución y la democracia, o no”. Ver Sagüez, Néstor Pedro, *Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución*, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung A.C, Buenos Aires, 2001, pp. 128 y ss.

‘sustitución’. Para la Corte, la organización política detrás del Estado Social de Derecho, que le da un sentido democrático, participativo y pluralista a la Carta Fundamental,³ resulta central para el constitucionalismo colombiano contemporáneo. Estos valores permiten identificar el diseño institucional colombiano con un Estado Social de Derecho, de corte ‘humanista’, en tanto la dignidad humana constituye uno de sus ejes fundamentales, sin descontar los principios integradores de pluralismo, participación y democracia mencionados.

Empero, la práctica política reciente parecería haber instrumentalizado severamente al Derecho Constitucional y ha llevado a lo que en este texto se ha propuesto como el ‘populismo constitucional’. Esta categoría conceptual puede encontrar otras acepciones en aportes doctrinarios previos,⁴ pero

³ Inclusive, la misma Corte Constitucional ha considerado que si bien el ordenamiento jurídico no contiene cláusulas pétreas o irreformables, el constituyente derivado carece de facultad alguna para ‘sustituir’ la Constitución. Así, sostuvo que la reforma a los principios de descentralización, autonomía territorial, democracia, participación y pluralismo es indefectiblemente una sustitución a la Constitución, “pues se estarían modificando valores esenciales incluidos en esta como el pluralismo democrático, la igualdad y la alternancia de poderes”. Precisamente, señaló la Corte: “la forma política se refiere a la manera en que, dentro del Estado instituido, se configura jurídicamente la organización y el ejercicio del poder político, a partir de una opción ideológica igualmente decidida por el Constituyente originario”. La forma de Estado, ha opinado la Corte, alude a la organización territorial, al sistema de gobierno y al régimen político constitucionalmente adoptado. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Por otra parte, en la Sentencia C-588 de 2009 la misma Corte Constitucional consignará que la “rotura o quebrantamiento de la Constitución corresponde a un caso particular de modificación de la Constitución” que se produce cuando “se derogan sus normas solo en un supuesto determinado en tanto que en todos los demás posibles tales normas continúan vigentes”, siendo “incierto establecer si las posibles derogaciones sean o no solo las previstas en el mismo texto constitucional”. Ver Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Esta sentencia cita a García Roca, Javier, “Del principio de la división de poderes”, *Revista jurídica Aequitas*, Abril-Junio 2000, (108), pp. 41-75.

⁴ Quizá, la contribución más significativa sobre el alcance del significante ‘populismo’ lo aporta Ernesto Laclau y Alejandra Salinas. Laclau señala que el populismo “no se remite a un fenómeno delimitante sino a una lógica social, puesto que es considerado un modo de construir lo político”; La relación entre agonismo, antagonismo y una visión totalizante o diferenciadora de la sociedad será la que definirá la expresión ideológica entre agentes sociales que expresan solo demandas populares y representan una ‘subjetividad social más amplia’, mientras que las demandas democráticas pueden parecer aisladas. Para Laclau lo social es constituido a partir de lo político, derivado de las diversas relaciones heterogéneas, las más de las veces antagonistas, “la emergencia del pueblo depende de las tres variables que hemos analizado: relaciones equivalenciales representadas hegemonícamente a través de significantes vacíos; desplazamientos de fronteras internas a través de la producción de significantes flotantes; y una heterogeneidad constitutiva que hace imposibles las recuperaciones dialécticas y otorga su verdadera centralidad a la articulación política”. Ver en Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005. Por su parte, Alejandra Salinas efectúa un recorrido entre el populismo, la democracia y el capitalismo, criticando la ambigüedad y ambivalencia del primero, el populismo; y el econocentrismo de la teoría marxista. Salinas plantea que el populismo “según Laclau se construye a través del discurso emitido por una instancia

para efectos del documento que ahora se propone, supone una práctica política con consecuencias adversas para la institucionalización y eficacia constitucional que consiste en la inclusión de normas constitucionales con un alto grado de ineficacia y que provocan en los adjudicatarios de la regla la apropiación simbólica⁵ de una institución jurídica que muy probablemente no contará con los instrumentos necesarios para su materialización.

En efecto, el populismo constitucional se refiere a aquella práctica política que se apropia progresivamente de la Constitución para convertirla en un instrumento al servicio de intereses electorales y coyunturales de corto plazo, dejando de lado su capacidad fundadora e integradora de la comunidad política.⁶ Así, el populismo tendría dos efectos conversos, por

representativa, que construye la identidad popular mediante la articulación de demandas sociales sin contenidos específicos. Esas demandas se desplazan contingentemente, unidas por su común insatisfacción frente a un otro antagonico que las oprime". Para su propuesta, aproximándose al argumento que se quiere plantear en el presente texto, "[l]a relación entre la lógica populista y la lógica institucional está inmersa en una dinámica de proporcionalidad inversa, en la cual cuanto mayor sea la insatisfacción popular, mayor será el debilitamiento de las instituciones y mayor el crecimiento del populismo (2004b: 5). En otras palabras, en la medida en que el sistema institucional existente atiende y satisface las demandas equivalentes, se debilita el recurso populista. [...] A la inversa, la lógica populista se tornará menos revolucionaria en la medida en que las demandas sociales sean satisfechas y haya menos motivaciones para convocar a una lucha social". Laclau citado en Salinas Alejandra, "La teoría política de Ernesto Laclau", en *Crítica. Revista Digital de Teoría Política Contemporánea*, (1) Año 1, 2011. Laclau, Ernesto "La razón populista", 2005, *revista de ciencia política*, volumen 26, n.º 1, 2006. p. 236-240, Buenos Aires. También en español: Arfuch, Leonor (Comp.), *Pensar este tiempo: espacios, afectos, pertenencias*, Paidós, Buenos Aires, 2005, pp. 25-46. Y en inglés, en F. Panizza (Ed.), *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso, London, 2005.

Ver también Pizzolo, Calogero, *Populismo y Rupturas constitucionales, los Casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador*, Universidad de Talca, Santiago de Chile, Estudios Constitucionales, Año 5 n.º 1, Santiago de Chile, 2007.

⁵ La eficacia simbólica del derecho ha sido una construcción doctrinaria que logra demostrar los efectos 'apaciguadores' de un texto normativo en tanto crea significado, eventualmente emotivo y afectivo, sobre el cual existe y se desenvuelve una articulación social determinada. Cada sociedad adquiere sentido, coherencia y seguridad en sus prácticas sociales y en sus relaciones con la adopción de todo un 'sistema simbólico' que hace ver la realidad en aquella dimensión en la que los súbditos están dispuestos a percibir la dominación o el empleo de la fuerza. El orden simbólico adquiere fuerza cuando ordena, interpreta y juzga el mundo a través de los enunciados. Lo simbólico en Derecho se debe al carácter general y equívoco del texto jurídico que carga con determinada fuerza su capacidad reguladora, al poner en manos de ciertas instancias la posibilidad de juzgar el sentido del discurso y una vez obtenidos los beneficios simbólicos propios de la emisión misma de éste. El Derecho se ve así como una práctica que reintroduce las disputas por la apropiación del sentido del Derecho que tuvieron lugar durante la creación de normas. Ver García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho, examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993. p. 42, 43 y 82.

⁶ Quizá el autor Javier Rincón Salcedo se acercaría a esta posición. Ver Rincón Salcedo, Javier, "Las democracias andinas, entre el populismo constitucional y constitucionalismo popular", en *Revista Visage d'Amérique Latine*, 3, Juin, Poitiers, 2006, pp. 33-38. El efecto del populismo constitucional, opina el autor citado, es doble, en primer lugar, impide que el ordenamiento constitucional pueda

un lado, resulta útil y se construye a partir de agendas políticas individuales, que responden a coyunturas específicas y períodos electorales, y, por otro, se fundamenta en apropiaciones simbólicas, algunas veces alimentadas por hechos sociales o ‘acontecimientos’ que deslumbran al electorado, y que, por supuesto, permiten una importante acumulación de capital político, —este último, el objetivo final del(os) autor(es) del proyecto de Acto Legislativo— a la vez de apropiación simbólica de la Constitución, edificado desde una falaz capacidad transformadora de la reforma legal.

La eficacia simbólica a la que se hace referencia está acompañada además de lo que la doctrina en estudios críticos del derecho ha denominado el fetichismo legal, y que en ciencia política se ha acumulado en el ‘populismo’, en sentido normativo.⁷ Sus riesgos son muchos, pero quizá el más nocivo y común sea la ineficacia sistemática del ordenamiento constitucional que, por demás, convierte a la Constitución (o la norma) en el origen de ‘todos los males’ y legítimos medios de resistencia antagónicos⁸ contra un Estado que es dirigido por normas que no son aplicadas y que tienen una muy reducida capacidad de transformación social, muy a pesar de la carga valorativa y aspiracional que puedan contener.

Para demostrar el argumento se han tomado tres proyectos de actos legislativos planteados por el Congreso de la República colombiano y cuya aplicación hubiera supuesto un alto grado de ineficacia

consolidarse y segundo, provoca que el núcleo de los males presentes en la sociedad se atribuya a la Constitución y no en su ausente implementación o en políticas públicas deficientes.

⁷ Ver Stanley, Ben citado por Salinas, Alejandra, “La teoría política de Ernesto Laclau” Op. cit. Aclara la autora que “el contenido del populismo depende del *statu quo* contra el cual reacciona: así, en países de tradición estatista ostentará un discurso liberal y en los sistemas liberales será de corte estatista”. [...] el populismo es una ideología ‘escueta’ (thin) que carece de un programa concreto y coherente para solucionar problemas políticos y por ello debe recurrir a ideologías más ‘robustas’ como el liberalismo, el conservadorismo y el socialismo”. [...] “La aspiración a la igualdad como un ideal regulativo de derechos iguales y no de condiciones iguales se refuerza al leer que la lógica populista no ‘intenta eliminar’ las diferencias, ya que se construye sobre reclamos puntuales y diferentes y por lo tanto necesita de la existencia de éstos”. Ver Stanley, Ben, “The thin ideology of populism”, *Journal of Political Ideologies*, 2008, 13(1), pp. 95-110.

⁸ Cuando se hace referencia a las relaciones antagónicas y agónicas de poder, se acude al aporte fundamental de Chantal Mouffe, quien demuestra que la ‘democracia pluralista’ contiene una contradicción que hace del concepto un término autorefutado en la medida en que se construye por medio de la relación constante entre el ‘nosotros’ y el ‘ellos’, y se define entre el ‘adversario’, agonismo, y el ‘enemigo’, antagonismo, que determina la manera en que la ‘mayoría’ se relaciona con el ‘enemigo’, como aquel componente social que se debe ‘abatir’, mientras que el ‘adversario’ está conformado por el opositor legítimo, que debe ser tolerado y debe encontrar garantizados espacios de expresión. Ver Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, Paidós, Buenos Aires, 2004.

material, acompañado de una oportunidad política y apropiación imaginaria que carga al ordenamiento constitucional de un efecto simbólico hipertrófico. Con ello no se quieren elevar ataques contra sus ponentes ni contra los partidos que representan, al contrario, se trata de un ejercicio académico que demanda un replanteamiento del papel del constituyente, derivado en su tarea ineludible de adaptar la Constitución a los cambios sociales y viceversa. Es precisamente por esto que se han seleccionado los actos legislativos que más adelante se analizarán, en la medida en que ninguno de ellos fue aprobado, pero que se construían a partir de una ineficacia material evidente.

Lo expuesto tampoco supone un ataque a las modificaciones constitucionales tendientes a revestir a la Constitución de una flexibilidad suficiente para reaccionar a realidades sociales particulares que requieren remodelar su contenido. Precisamente, los actos legislativos seleccionados se toman en la medida en que cumplen con los elementos que se han considerado centrales para el ‘populismo constitucional’, a saber, primero se edifica sobre agendas políticas individuales, que responden a coyunturas específicas y períodos electorales; segundo, se fundamentan en hechos sociales o ‘acontecimientos’ que deslumbran al electorado; en tercer lugar, permiten una acumulación de capital político por medio de la apropiación simbólica de la Carta Fundamental.

Se estudiarán entonces tres actos legislativos: el acto legislativo por medio del cual se reforma el artículo 11 de la Constitución y se establece el derecho de la salud como un derecho fundamental. En segundo lugar, se presentará el acto legislativo por medio del cual se reforma el artículo 65 de la Constitución para instituir el derecho fundamental a no padecer hambre. Por último, se harán las consideraciones particulares sobre el acto legislativo que pretendió penalizar el aborto y la eutanasia, por medio de la reforma al artículo 11 de la Carta.

Así, el trabajo de investigación planteado se desarrollará de la siguiente manera: en primer lugar, se enmarcará el presente estudio en torno al fetichismo legal, la eficacia simbólica del derecho y los estudios críticos del derecho (I). Segundo, se presentarán los proyectos de acto legislativo antes señalados, para resaltar su contenido y las razones por las cuales coinciden con el marco operacional presentado (II), para finalmente presentar las conclusiones sobre lo que se ha llamado ‘populismo constitucional’.

1. Fetichismo legal, eficacia simbólica del derecho y estudios críticos del derecho

La Constitución puede entenderse de diversas maneras, es decir, desde un paradigma sociológico, antropológico, psicológico, político y/o jurídico, dependiendo de las diversas funciones que puede cumplir. Así, la Constitución, jurídicamente, puede entenderse como un conjunto dispositivo que le brinda validez jurídica, propia de los Estados constitucionales modernos, y que asume la primacía de las normas constitucionales sobre el derecho ordinario, que se entendería como un derecho prepositivo, esto es, un valor independiente de su reconocimiento jurídico-positivo; de igual forma, vinculante para los demás órganos constituidos.⁹

Por ello, se considera que las experiencias de Europa central y del este, América Latina y Sudáfrica se han caracterizado por la expedición de nuevas Cartas políticas que contienen un proceso de transición y marcan el paso de regímenes autoritarios a regímenes donde la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales establecen un sistema político garantista y liberal.¹⁰ En América Latina, las constituciones y los derechos fundamentales allí consagrados tenderían a propiciar transformaciones hacia sociedades y regímenes políticos más democráticos, libres e igualitarios,¹¹ por lo menos en una extensa Carta de Derechos. Así, esta transición estuvo marcada por un diseño institucional incluyente, con Cartas ampliamente cargadas de derechos económicos y sociales, que suponían la inclusión de metas políticas individualizables, sujetos a decisiones políticas que favore-

⁹ Ver Sieckmann Jan-R, "Los derechos fundamentales como principios", en *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2011. p. 44 y ss. Por supuesto, la Constitución como concepto resulta ambiguo, difícil de circunscribir y usualmente deficiente para describir todas las experiencias comparadas. Esto se debe, precisamente, a que cada práctica, individualmente considerada, suele darle a la Carta una carga jurídica, política, social y, algunas veces, moral, que difiere en todos los casos. Para la experiencia colombiana, la Constitución de 1991 puede haber ganado un espacio mucho más poderoso que en otras experiencias, en la medida en que, como se mencionó, emerge en medio de la violencia de grupos armados ilegales y del narcotráfico que, además, convirtió a la Constitución en un pacto de paz. Ver Lemaitre Ripoll Julieta, *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*, Uniandes, Bogotá, 2011.

¹⁰ Restrepo, Esteban, "Reforma Constitucional y Progreso Social: La 'Constitucionalización de la Vida Cotidiana' en Colombia", SELA *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Uniandes, Bogotá, 2002.

¹¹ *Ibid.*

cerían a quienes se encontrarían en situaciones de debilidad manifiesta o desigualdad material.¹²

La estructura de la Carta de derechos colombiana supondría entonces un reflejo de la ‘tercera ola’¹³ del constitucionalismo de finales del siglo XX, rica en derechos fundamentales, de aplicación inmediata; y derechos económicos y sociales, de aplicación progresiva, entendidos como metas políticas que pueden llegar a individualizarse. Empero, los actos legislativos a los que se ha hecho un acercamiento contienen, precisamente, una eficacia simbólica hipertrófica, en la medida en que consagran derechos, cuyo contenido correspondería a una meta política, convertidos en derechos fundamentales de eficacia directa, muy a pesar de las limitaciones prácticas que supondría su aplicación. Al final de cuentas, se observa que el objetivo de la reforma no sería la pretendida transformación social sino la capitalización de réditos políticos, a partir de la propuesta de derechos que serían justiciables por naturaleza –en tanto serían derechos fundamentales–, pero injusticiables por accidente –en la medida en que se trata de derechos que requieren de políticas públicas y decisiones económicas que se prolongan en el tiempo–.

Por supuesto, en Colombia esta transformación constitucional tuvo efectos emancipadores y transformadores significativos y empoderaría a la población en estado de indefensión o víctima de unas prácticas sociales que pasarían a ser revisadas por la nueva Constitución y sus instituciones. Se trató de una “infusión del lenguaje constitucional articulado por los fallos de la Corte Constitucional a los ámbitos donde se desenvuelve la vida cotidiana de los colombianos”,¹⁴ que activó decisiones emancipadoras en lo cotidiano y sentó las bases de procesos de organización y movilización colectivas, tendentes a la contestación de los discursos y estructuras sociales que causan subordinación social. En este proceso, las primeras cohortes de la Corte Constitucional colombiana jugaron un papel central, en la medida en que varias de sus sentencias reconocían una injusticia histórica o patrones de opresión social, que sería resuelta por medio de un ‘refrescante’ discurso

¹² Ver Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005. p. 62.

¹³ Ginsburg Tom, *Judicial Review in New Democracies, Constitutional courts in asian cases*, Cambridge University Press Cambridge, 2006.

¹⁴ Restrepo, Esteban, “Reforma Constitucional y Progreso Social...”, Op. cit.

constitucional que permeó la vida cotidiana colombiana y, con ello, le dio a la Constitución una importante carga valorativa,¹⁵ aunado a una expectativa de fractura con un pasado opresivo, violento e inequitativo.

No obstante, como se mencionó, la Constitución colombiana de 1991 experimentó importantes reformas que, para algunos, desnaturalizaron algunas de sus instituciones. Empero, los actos legislativos a los que se hará alusión en este estudio se articulan en un campo más soterrado que el de la simple reforma progresiva o de la dinámica social que presiona y produce cambios institucionales. En efecto, se trata de proyectos de ley que tienden a capitalizar políticamente a sus autores o partidos y a debilitar esta capacidad transformadora de la Carta, en la medida en que producen reformas constitucionales que serían altamente ineficaces, mayormente por las limitaciones materiales del Estado colombiano que lesionan la legitimidad de la Constitución y de las metas políticas allí contenidas.

Los autores Julieta Lemaitre Ripoll¹⁶ y Mauricio García Villegas¹⁷ han hecho una propuesta metodológica y un aporte teórico que ha ganado importante relevancia en la manera de aproximarse al estudio del Derecho en Colombia. Sus contribuciones parten, en primer lugar, de la interdisciplinariedad del derecho, de la realización de estudios de campo y de la nutrida capacidad explicativa que pueden arrojar los estudios de realidades sociales que miden diferentes variables y permiten evaluar la eficacia normativa e implementación de la reforma legal.

Los aportes de los autores citados han sido utilizados en este texto como marco teórico que facilita la comprensión del estudio que ahora se propone, en tanto recogen dos apuestas teóricas que fundamentan la crítica que se plantea. En primer lugar, el fetichismo legal es el resultado o valor afectivo y emotivo que se le atribuye a ciertas instituciones con una baja capacidad transformadora, dada la ineficacia sistemática e instrumental del ordenamiento jurídico y del Estado; segundo, la eficacia simbólica del derecho es entendida como el atributo del que goza el derecho como una herramienta de subordinación aplicada, que opera y se transforma por

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Lemaitre Ripoll Julieta, *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.

¹⁷ García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho...* Op. cit.

medio de ‘actos del lenguaje’, que no escapan a la movilidad del enunciado, y cuyo contenido es definido por medio de paradigmas provisionales desprovistos de neutralidad.

El marco operacional que contiene la eficacia simbólica del derecho supone múltiples elementos que, en conjunto, le dan un valor explicativo relevante y que permiten realizar estudios de campos sociales multi-variables, que explican relaciones de dominación-subordinación. No obstante, para efectos de este estudio, se proponen algunos de esos elementos que componen la crítica al experimentalismo constitucional colombiano, enquistado por el populismo propio de una comunidad política asediada y en constantes períodos de transición, donde las relaciones antagónicas y, algunas veces violentas, superan y hacen imposible la democracia deliberativa.¹⁸

Dicho esto, son la función simbólica, el símbolo, el poder y el lenguaje los que brindan a la teoría de Mauricio García una poderosa herramienta metodológica que ayuda a comprender el impacto de la reforma legal o judicial. La función simbólica está determinada, en parte, por los aportes realizados por Wittgenstein, en tanto el lenguaje no cumple una función de objetivación de realidades; esto debido a que el lenguaje no tiene la capacidad de definir la ‘esencia’ de entornos sociales que puedan ser identificados como un elemento diferenciador e independiente de apreciaciones o interpretaciones subjetivas. Por ello, el símbolo y el poder explican ciertas relaciones a través de designaciones circunstanciales que atribuyen sentido y significación a las prácticas sociales a las que subyace un sistema simbólico que ordena, juzga e interpreta el mundo a través de los enunciados, donde, por supuesto, se esconden y se revelan las relaciones de dominación.¹⁹

Así, se entiende que el lenguaje no es un sistema de comunicación neutro, al contrario, este se integra a las relaciones sociales y, por consiguiente, contiene a la sociedad misma. Esto haría posible que ciertos enunciados puedan encontrar sentido o entenderse a plenitud, en la medida en que se acuda a la circunstancia histórica en la cual esa forma específica de ver y de definir el mundo se hizo presente.²⁰ Por ello las normas ganan un especial

¹⁸ Sobre democracia deliberativa, ver Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político* Op. cit.

¹⁹ García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho...* Op. cit., pp. 42-43.

²⁰ Foucault Michael, citado por García Villegas, Mauricio. Ver Foucault Michael *L'archéologie du savoir*, Gallimard, París, 1969.

efecto emotivo –algunas veces, colectivo, otras, individual–, en tanto adquieren un valor que no depende de su utilidad objetiva sino de la representación que crea en los sujetos una significación en la jerarquía social, y determina la posición de ‘ese’ objeto en la relación con los demás objetos.²¹

Las normas jurídicas se convierten en instituciones sociales que responden, en palabras del autor, a una necesidad imaginaria del hombre en la sociedad. El derecho opera entonces como un canal de comunicación que contiene las relaciones de dominación, en tanto articula los intereses y discursos heterogéneos que se concilian gracias a la combinación estratégica entre el orden retórico de la creación de normas y el orden pragmático de su aplicación. El derecho, al ser una práctica que reintroduce las disputas por la apropiación de sentido que tuvo lugar durante la creación de normas, obtiene beneficios simbólicos propios, que las más de las veces le hacen depositario de símbolos dirigidos a la representación y delimitación de lo que es legal y de lo que es justo.²²

El derecho aparece también como la forma de la violencia simbólica por excelencia. Las instituciones jurídicas le darán forma a prácticas que a partir de ese momento se reconocen como convenientes, legítimas y necesarias. La aplicación del derecho quedaría en el ‘campo de la constante hipocresía’ debido a que hace una presentación falsa de valores y programas deseados por la mayoría, pero con una realización subordinada a los intereses y conveniencia de pocos.²³

Las disposiciones jurídicas contienen así estrategias creadoras y adjudicadoras del derecho como reflejo de un deseo o decisión política muchas veces implícita. Esto conduce a una consecuencia retórica aditiva de cualquier institución que pudiera parecer ‘más justa’ que el ordenamiento instituido, a pesar de la ineficacia que le pudiese subyacer. La reforma legal logra entonces más adición social debido a la institucionalización de una norma aparentemente más justa, a pesar de la ineficacia que se pueda provocar con ocasión del ejercicio del poder por élites que dominan con

²¹ Ibid., p. 55.

²² Ibid., p. 88 a 91.

²³ Ver Bourdieu Pierre, “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”, en *La fuerza del derecho*. Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, Bogotá, 2000, p. 75.

la inequidad suficiente como para hacer de la norma ineficaz y, a la vez, depositaria de un apego afectivo y valorativo bastante intenso.

El aporte de la autora Julieta Lemaitre va más allá de la eficacia simbólica para exponer la manera en que el derecho alcanza un poderoso contenido imaginario. La eficacia simbólica del derecho adquiere mayor poder en naciones que tienen espacios geográficos donde la ausencia instrumental del Estado, como el colombiano, provocan que la creación del derecho sea una herramienta que es utilizada estratégicamente y, además, logra crear significados culturales y sociales efectivos y altamente legitimadores del *statu quo*.

Las reformas legales altamente ineficaces, al final de cuentas, dejan de favorecer a quienes se beneficiarían nominalmente, aunque el texto normativo parezca decir otra cosa. En realidad, estas reformas no tendrían efectos instrumentales importantes y, al contrario, en la medida en que no están destinadas a aplicarse, tienen como consecuencia la legitimación de la clase dominante o del Estado, haciéndole parecer más democrático o más incluyente, ‘apaciguando’ así, a “los grupos desaventajados”.²⁴

Justamente, derivado de un persistente cuestionamiento de los estudios críticos del derecho, se tiene que, en última instancia, la extensión de derechos, a pesar de proporcionar fuerza a la lucha política o generar aparentes victorias jurídico-políticas, legitima la misma situación de subordinación que pretende superar.²⁵ La capacidad ‘apaciguadora’ de la reforma legal reduce efectivamente su potencial operativo, para dar al ordenamiento una atribución que no tiene, su facultad omnímoda de transformar el estado de cosas actual.²⁶

En efecto, el objeto de estudio se enmarcaría, en los estudios críticos del derecho, desde la capacidad ‘apaciguadora’ de la reforma legal, que ahora se combina con los réditos políticos que se suelen extraer de esta, en períodos electorales o determinadas coyunturas. En efecto, se parte de una capacidad transformadora y ‘milagrosa’ de la reforma legal, y se le considera, al final de cuentas, como una falacia más del formalismo jurídico, en la medida en que el objetivismo normativo conlleva un razonamiento y

²⁴ Lemaitre Ripoll Julieta, *El derecho como conjuro...* Op. cit., p. 27.

²⁵ Williams Crenshaw, Kimberlé, “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación”, en *Crítica jurídica, Teoría y Sociología en Estados Unidos*, Uniandes, Bogotá, 2006. p. 98.

²⁶ Williams Patricia, *The alchemy of Race and Rigts*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

un discurso estratégico, donde el legislador contempla derechos, centrales para el ideal de la legalidad, que caerían rehenes de cálculos específicos del contexto,²⁷ que se pierden en el abismo que existe entre la norma jurídica y su eficacia instrumental.

Este atributo del derecho permite que pueda ser utilizado como una forma de resistencia simbólica a la violencia. Precisamente, el derecho contiene una violencia dual, en tanto su adjudicación puede estar respaldada por el monopolio de la fuerza y, a la vez, su utilización puede reflejarse como mecanismo para resistirse a la violencia que provenga de terceros armados o para-estatales, quienes, dada la ineficacia o ausencia instrumental del Estado, pueden ejercer poder sobre quien tenga el derecho, muy a pesar del contenido garantista que se le atribuye al ordenamiento jurídico. El 'fetichismo' opera entonces como la 'otra cara' de la eficacia simbólica, en la medida en que se trata de un apego, implícito o explícito, que se asemeja a lo emocional, lo religioso y lo irracional. El fetichismo reside en la "absurda idea de que el derecho transforma la realidad social", y opera en el abismo que existe entre la aprobación de alguna norma legal o constitucional y su aplicación.²⁸

Ambas posturas, por supuesto, no rechazan reformas constitucionales o legales progresistas. Con todo, censuran la utilización simbólica o valorativa de la reforma legal como un mecanismo legitimador, que se acompaña de la constante, aunque irracional representación, de que el derecho tiene una capacidad apaciguadora, transformadora y omnímoda de conducir óptima y racionalmente las conductas sociales. La propuesta crítica planteada observa que la materialización de 'ciertas' normas, y no de otras, son reveladoras de intereses y de relaciones de dominio-subordinación.

²⁷ Ver Unger Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies, Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

²⁸ Lemaitre Ripoll Julieta, *El derecho como conjuro...*, Op. cit., pp. 382-384.

2. Actos legislativos, del experimentalismo institucional y las representaciones de la ‘justicia’ constitucional

Como se enunció al inicio del presente documento, se procederá a exponer, en primer lugar, la reforma del artículo 11 de la Constitución que establece el derecho de la salud como un derecho fundamental (a), para luego realizar los comentarios atinentes a la constitucionalización del derecho a no padecer hambre (DNPH) (b). Finalmente, se harán los comentarios relativos a la penalización constitucional del aborto y la eutanasia (c).

2.1 La constitucionalización del ‘derecho fundamental a la salud’, una reforma constitucional inocua a la luz de desarrollos jurisprudenciales constantes

El 8 de octubre de 2011, el Congreso Colombiano debatió el proyecto de acto legislativo n.º 048, “Por el cual se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política para garantizar el Derecho Fundamental a la Salud”. Dicha propuesta, con ponencia del representante por el Partido Liberal, Pablo Enrique Salamanca Cortés, establecía:

La prestación de los servicios de salud es responsabilidad indelegable del Estado y los mismos no se subordinarán a criterios de rentabilidad, no obstante, las personas podrán contratar de manera directa y autónoma la prestación de los servicios en salud con empresas particulares en los términos que señale la ley, igualmente ésta determinará la forma como las personas contribuirán al sostenimiento del sistema de salud.

La motivación del proyecto de acto legislativo se pronunciaba sobre la ineficacia sistemática del ordenamiento jurídico relativo al Derecho. La acepción corresponde a derechos económicos, sociales y culturales, (DESC) a la salud, señalando los diversos índices sociales y económicos que demostraban que el Sistema de Seguridad Social en Salud se caracteriza por su inaplicación generalizada, sistemática, estructural y constante para un significativo número de colombianos. La exposición de motivos contenía, por este medio, un alto grado discursivo con aseveraciones apreciables, retórica y simbólicamente, que se cargaban inclusive con juicios de valor y morales.

El mismo articulado suponía una aparente alteración del ordenamiento jurídico y ubicaba, como un derecho fundamental a un derecho eminentemente prestacional, el derecho a la salud. Con todo, se argumentó en el mismo seno de la Cámara de Representantes, en primer lugar, que se trata de una transformación aparente e inocua del ordenamiento jurídico, en la medida en que se trata de un derecho que ya había sido categorizado por la Corte Constitucional como fundamental, de eficacia y aplicación inmediata y que se puede exigir, judicialmente, por medio de la acción de tutela.²⁹ Y en segundo lugar, convertir el derecho a la salud en un derecho fundamental en sí mismo, advirtió la Cámara de Representantes, podría traer dos consecuencias indeseables, inadvertidas en el proyecto de acto legislativo, por demás, imposibles de contener, a saber: la asunción directa de la prestación del servicio, y la elusión de la inherente extensión progresiva y prestación eficiente del servicio público, que se ha constituido a partir del concurso de los sectores público y privado. Las deficiencias en la implementación del derecho prestacional justificaban su ‘remedio’, a partir de reformas constitucionales inocuas, pero sobre todo, cargadas emotiva y simbólicamente.

Ciertamente, la reforma constitucional proyectada en el Congreso obtenía para sí un efecto simbólico constitutivo que se enmarca dentro del populismo constitucional propuesto en este estudio, puesto que, si el primer elemento, lo simbólico, supera la capacidad instrumental del derecho y de la Constitución misma, se provocaría la oscilación de la organización jurídico-política, por medio de una eficacia simbólica hipertrófica, por demás, lesiva para la Constitución, su legitimidad y poder. El proyecto de

²⁹ La Acción de tutela está regulada en Colombia, en su artículo 86, como mecanismo judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales. El mencionado artículo dispone lo siguiente: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

acto legislativo se aprobó en primer debate el 27 de septiembre de 2011 y recibió ponencia positiva del representante Conservador, Humberto Arcila Moncada y del Representante liberal Pablo, Enrique Salamanca Cortés. No obstante, se archivó el 8 de marzo de 2012, debido a que no consiguió la aprobación y las ponencias faltantes en el tiempo estipulado en la Ley 5.^a de 1992. Con todo, el objeto de su inclusión persiste en la medida en que se pretende ilustrar la práctica política que se ha llamado ‘populismo constitucional’.

En la exposición de motivos y en el mismo articulado propuesto se ha planteado que el servicio sea “responsabilidad indelegable del Estado”, modificando al actual artículo 48 de la Constitución colombiana que contiene una fórmula normativa que supone que el Estado, “con la participación de los particulares”, permiten la ampliación progresiva de “la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”.

La progresividad³⁰ es en realidad un efecto que se reconoce como una característica inevitable de los DESC. La progresividad puede, por supuesto, ser utilizada estratégicamente, pero de la mano de los avances que sobre la materia ha dado la Corte Constitucional, en revisiones judiciales concretas, conducen a un importante despliegue jurisprudencial y una crucial transformación que, incluso, facultan a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Protección Social para regular, inspeccionar y vigilar el mercado que constituye el servicio público de salud.

El poder retórico y simbólico del acto legislativo en cuestión incluye noticias publicadas en medios de comunicación, presentadas como fuente de legitimación del proyecto comentado. Empero, nada parecería hacer el Legislador al intentar llenar un vacío que no parecería advertirse, y cuando la Seguridad Social en Salud ha sido sujeta a una constante intervención judicial por medio de la mencionada acción de tutela, como un proyecto que alcanza un relativo camino hacia la eficacia, la ampliación de cobertura y de calidad, más allá de cualquier proyecto que sobre el particular pudiese

³⁰ La progresividad consiste, en palabras del autor Rodolfo Arango, en acciones jurídicas, es decir, normativas, que se hacen necesarias para lograr el cumplimiento de un derecho en una acción jurídica positiva. La protección y organización del sistema supone entonces una acción material, esto es, una acción fáctica indeterminada que permita y posibilite el cumplimiento de los derechos sociales. Arango Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Op. cit., p. 109.

otorgar una norma constitucional, más populista y tardía, que eficaz y oportuna.

El proyecto parecería caer en una contradicción que lo inviste del indeseable populismo antes expuesto. La reducida y crítica eficacia del Sistema de Seguridad Social en Salud no parecería resolverse de ninguna manera por el acto legislativo objeto de estudio. En particular, el proyecto se ubica con facilidad dentro del ‘fetichismo legal’ expuesto en tanto el legislador parecería suponer que la Constitución obra con una univocidad que conduciría a la materialización inmediata del derecho en cuestión.

La misma Corte Constitucional había enfatizado el carácter de derecho fundamental que ostenta el derecho a la seguridad social en salud, desde el criterio de conexidad,³¹ dado su necesario vínculo con la vida y la dignidad humana. Inclusive, esto es reconocido por el proyecto de acto legislativo, donde la Sentencia T-760 de 2008, entre otros precedentes judiciales, declara el “estado de cosas inconstitucional”.³² El fundamento de la modificación constitucional llevaría a concluir que la constitucionalización del derecho fundamental a la salud vacía su contenido en un problema de efectividad de la norma, no en una situación antinómica verificable.

La sentencia citada ha recibido más de 32 ‘órdenes’ de la Corte, que se consignaron en distintos Autos de la corporación, en donde se ha ampliado,

³¹ Ver Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 2009. El autor citado expone que el criterio de conexidad se refiere a una herramienta argumentativa constitucional, articulada por la Corte Constitucional Colombiana, que permite identificar los derechos fundamentales presentes en la Constitución, donde se le otorga a un derecho que en principio es de segunda o tercera generación, el carácter de fundamental, aunque no tenga dicha característica, para proteger o brindar eficacia a un derecho fundamental principal.

³² El “estado de cosas inconstitucional” ha sido desarrollado por la Corte Constitucional desde 1997, por medio de la Sentencia T-227 de ese año. Dicha declaración judicial es efectuada cuando el Tribunal constata los siguientes factores o causas que producen la existencia de un estado de cosas inconstitucional: 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar estos derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la exigencia de incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, para la adopción mancomunada de un conjunto de medidas multisectoriales que [...] exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. Ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-068 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

inclusive, la base prestacional, a través de órdenes específicas a la Comisión Nacional de Regulación en Salud para la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS).³³ igualmente le ordenó al Ministerio de la Protección Social adopte medidas para garantizar que todas las Entidades Promotoras de Salud informen sobre los servicios prestados y los negados; así como la orden enviada a la Comisión de Regulación en Salud de unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado,³⁴ entre otras medidas que, aunque progresivas, advertían que el derecho a la salud tendría un carácter fundamental residual, y su carácter prestacional lo haría desplegarse como tal, convirtiéndolo en un derecho de desarrollo paulatino.

Ahora bien, el problema central no se podría reducir a la ausencia de cobertura del sistema, pues en Colombia, con más de 46 millones de habitantes, el 92 % (42 millones), se encuentra afiliado; el 1 % pertenecía al Régimen de Excepción; el 43 % al Régimen Contributivo y el 48 % al Régimen Subsidiado.³⁵ Empero, su problema ha sido que el mismo sistema ha procurado un desafortunado incumplimiento por parte de las entidades obligadas y prestadores del servicio de salud que debilitó el sistema y condujo a la declaratoria del Estado de cosas inconstitucional antes referido.

Lo expuesto conduce a revelar el ‘populismo constitucional’ emergente de la reforma constitucional señalada. Ciertamente, se intenta incorporar al texto fundamental un derecho, considerando que en virtud de ello se finalizará una situación de ineficacia normativa. Precisamente, el estado de cosas inconstitucional, visto desde la articulación e integración normativa efectuada por la justicia constitucional, consiste en un hallazgo que hace la Corte Constitucional en virtud del cual se evidencia “un problema general que afecta a un número significativo de individuos en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política pública”.³⁶ Diversas han sido las razones por las cuales se ha declarado el

³³ Corte Constitucional, Auto del 08 de marzo de 2011.

³⁴ Corte Constitucional, Auto n.º 342-A de 15 de diciembre de 2009.

³⁵ Ministerio de Salud, *Indicadores básicos de Salud, situación de Salud en Colombia 2011*, en <<http://www.minsalud.gov.co/salud/paginas/indicadoresbasicosp.aspx>> consulta del 18 de septiembre de 2013.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Estado de Cosas Constitucional, entre otras, por el hacinamiento carcelario, el desplazamiento forzado, y el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Ninguna de estas situaciones han advertido un significativo déficit normativo, menos aún, constitucional. Por el contrario, supone en realidad un proceso en el que el Estado ha dejado de ejecutar normas o políticas públicas que debían ganar eficacia para superar una situación de hecho contraria a la Carta misma, en algunas ocasiones, por la incapacidad instrumental del Estado y, en otras, por estrategias políticas de grupos dominantes. La reforma constitucional no supone, se puede constatar, una mayor eficacia de las normas en juego. La situación de hecho de ineficacia generalizada del ordenamiento jurídico parecería resolverse a la luz del proyecto analizado, por medio de la emisión de normas constitucionales que de igual manera perderán eficacia ante un sistema deficitario de un poder instrumental cierto.

2.2. El Derecho a no padecer hambre, de las obligaciones internacionales a la oportunidad política subyacente

En Septiembre de 2011, la bancada del Polo Democrático Alternativo (Alba Luz Pinilla, Iván Moreno Rojas, Wilson Neber Arias, Hernando Hernández, Iván Cepeda Castro, Gloria Inés Ramírez, Jorge Enrique Robledo, Germán Navas Talero, Luís Carlos Avellaneda y Camilo Romero) presentó el proyecto de acto legislativo n.º 081 de 2010 - Cámara, por medio del cual se reformaba el artículo 65, en el siguiente sentido: Artículo 65 de la Constitución Política “Todas las personas tienen el derecho fundamental a no padecer hambre. El Estado garantizará la disponibilidad, acceso, calidad y aceptabilidad cultural de los alimentos a lo largo del ciclo vital, para el logro de la calidad de vida”.

El artículo planteado para la reforma constitucional establecía la consagración de un derecho fundamental al interior de un DESC. El proyecto de acto legislativo disponía que el DNPH es un “derecho fundamental, el cual no se encuentra contemplado en la Constitución Colombiana, lo cual induce al debate de este derecho innominado”. Su justificación se centra en el modelo económico que le subyace a la Constitución, basado en la libertad económica con dirección e intervención Estatal. Esto con base en los artículos 58, 333, 334 y 336 de la Carta Fundamental.

La motivación y contenido mismo de la ponencia se mueve entre el derecho prestacional y el modelo económico que podría contener la Constitución colombiana. Por ello, la ponderación entre los objetivos constitucionales reconocibles del DNPH, el respeto a la propiedad privada, los medios de producción y la distribución de la riqueza parecerían favorecer los principios de equidad e igualdad, como fundamentos de un Estado Social de Derecho. Empero, como se procederá a exponer, el articulado propuesto no parecería consagrar los elementos requeridos para contener un derecho prestacional ni un derecho fundamental, y que podría incluso enmarcarse dentro de la reforma constitucional cargada simbólicamente, no solo por tratarse de una reforma que claramente compromete políticas públicas, sino por su contenido prestacional dirigido a una considerable cantidad de potenciales beneficiarios.³⁷

El mismo proyecto señalaba que las asignaciones presupuestales para la realización de un DESC tiende a disolverse y ubicarse en el marco de lo simbólico “debido a su carácter prestacional y programático”, sujeto a control de constitucionalidad por omisión legislativa. No obstante, como lo expone el proyecto de acto legislativo, el “Derecho Alimentario constitucionalmente se concibe como un DESC, evidencia que de entrada afecta su justiciabilidad y efectividad por motivos de fuerza económica”. Lo aseverado, sin embargo, a la luz del ordenamiento jurídico, exigiría la limitación del derecho y de su objeto, en tanto un derecho fundamental se podría garantizar no solo desde lo aspiracional, sino desde su justiciabilidad, definiendo para efectos de hacerlos exigibles, el titular, el contenido u objeto del derecho y el obligado, elementos que se extrañan del proyecto, advirtiéndose, nuevamente, la carga retórica y simbólica del proyecto señalado. El

³⁷ La derecha colombiana, desde posiciones incluso institucionales, aprovechó esta propuesta constitucional para lanzar duras críticas a los ponentes y a la potencial asunción de costos financieros, posiblemente insostenibles. Entre los principales críticos está el ministro de justicia, Juan Carlos Esguerra, quien señaló que la aprobación de este sería una “bomba atómica y significaría el despiorpe de las arcas del Estado”. “No existe país del mundo donde esto funcione así. Elevar esto a la Constitución dentro de los derechos fundamentales, que el Estado garantice alimentación balanceada a todos los colombianos y hacerlo efectivo por la vía de la tutela es impensable e irrealizable”. Ver *El Espectador*, “Gobierno, en contra de proyecto de alimentación balanceada como derecho fundamental”, 2012 en <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-345139-gobierno-contra-de-proyecto-de-alimentacion-balanceada-derecho-f>> consultado el 10 de mayo de 2012. Por supuesto, se puede constatar, se trata de una reacción, desmedida quizá, pero que demuestra en parte el argumento propuesto, el populismo es esgrimido tanto por los autores de los actos legislativos, como por los detractores de su contenido valorativo y simbólico.

contenido prestacional del derecho parecería dejar abierta su efectividad, este en tanto la misma cláusula constitucional deja abierta su titularidad, su contenido y el sujeto obligado; en el marco de una propuesta normativa excesivamente abierta se produciría el efecto simbólico advertido en este texto, se suspenderá indefinidamente la eficacia del derecho, bajo la continua excusa legitimadora de progresividad, disponibilidad presupuestal y conveniencia.

El señalado acto legislativo fue aprobado en primer debate el 19 de octubre de 2011, y recibió ponencia el 2 de noviembre de 2011. El 9 de noviembre del mismo año fue aprobado en segundo debate y el 29 del mismo mes recibió ponencia para tercer debate por el representante Germán Navas Talero del Polo Democrático Alternativo, aprobándose en tercer debate el 06 de diciembre de 2011. El 12 de diciembre recibió ponencia para cuarto debate, acompañado de la representante Rosmery Martínez Rosales de Cambio Radical. Finalmente, fue aprobado en quinto debate con ponencia del senador Parmenio Cuellar Bastidas del Polo Democrático Alternativo y la senadora Doris Clemancia Vega Quiroz, del Partido de Integración Nacional. Empero, el 20 de junio de 2012 fue archivado por vencimiento de términos, de acuerdo al artículo 224 de la Ley 5.^a de 1992 aunque el Partido Conservador Colombiano, el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, Cambio Radical y Partido de Integración Nacional (PIN) habían realizado votaciones en contra del proyecto. Sin embargo, al igual que el caso anterior, la práctica política del populismo constitucional es la que permite traer el proyecto de reforma constitucional analizada.

El proyecto de acto legislativo supone entonces una complejidad que no puede obviarse. Como se ha mencionado, la inaplicabilidad del derecho supera su contenido valorativo que adiciona al auditorio con facilidad, debido a la carga emocional que puede suponer la propuesta normativa. La adición política y retórica está por descontada cuando se tiene que, inclusive, la reforma podría incluir a potenciales beneficiarios en condiciones de vulnerabilidad material, entre otros, infancia, adolescencia, adultos mayores y población desplazada por la violencia rural.

En efecto, al encontrar que el DNPH tiene atributos de un DESC, exigiría un diseño institucional sujeto a la intermediación legislativa, lo que, desde el mismo Congreso, se presentaría como un proceso complejo, limitado por la libertad de configuración legislativa y, quizá, legitimadora de

otro tipo de resistencias institucionales que harían exclusivamente simbólico el importante derecho planteado. La exigibilidad del derecho quedaría relegada entonces al arbitrio del operador judicial que, mucho más técnico y dirigido al caso concreto, quedaría facultado para conceder el derecho solo para quienes se encuentren en ciertas situaciones socioeconómicas que permitan articular algún derecho fundamental por medio del criterio de conexidad, para interpretar el DNPH como un derecho fundamental.

No obstante, la manera en que está diseñado el articulado, reconociendo el DNPH como constitucional, podría adjudicarse exclusivamente por medio de la generalidad de su clausulado, pero donde, se insiste, el objeto del derecho y el obligado siguen siendo ambiguos. En realidad, no podría cargarse al sistema judicial con un nuevo derecho que será exigible exclusivamente por vía de acción de tutela. Tampoco podría esperarse que el desarrollo legislativo extienda el principio de solidaridad del Estado Social de Derecho y que el diseño institucional haga operativo el mencionado derecho. Como constituyente derivado, la demanda por una regulación del derecho supondría la consagración de un titular, un objeto del derecho y un obligado.³⁸

El mismo proyecto de acto legislativo se aproxima al contenido del derecho, y señala que “el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y el derecho de toda persona a disponer y acceder permanentemente a una alimentación adecuada”.³⁹ El axioma, claramente igualitario y tendiente a garantizar la justicia material, se ve pormenorizado por la ambigüedad en las prestaciones exigibles. Así, si la norma constitucional señala que el titular se constituye por toda persona, reconocería en cualquier individuo de la raza humana la posición jurídica necesaria para poder exigir el derecho inmediatamente. De igual forma señala, como objeto del derecho, el de exigir a otro sujeto de derecho el acceso permanente a una alimentación, que debe ser adecuada. Lo ‘adecuado’ conduce, con razón, a vaciar su contenido en la igualmente indeterminada progresividad, que hará de su aplicación paulatina una herramienta poderosa para las élites dominantes.

³⁸ Ver Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Op. cit.

³⁹ Colombia, Congreso de la República, proyecto de acto legislativo n.º 048, “Por el cual se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política para garantizar el Derecho Fundamental a la Salud”.

Justamente, dentro de la exposición de motivos se señala que “el derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos”.⁴⁰ En efecto, ante este supuesto, el mismo operador judicial se vería atado debido a la ambigüedad e indefinición del objeto de derecho, lo que en efecto impediría su adjudicación. El legislador sería el llamado a desarrollar el derecho, pero, como lo advierte el mismo proyecto, la omisión legislativa sería el título de imputación y de exigibilidad del DNPH.

Con todo, la omisión legislativa operaría en este caso como un instrumento para proyectar una política pública restrictiva, cobijado por la libertad de configuración legislativa. Sería exclusivamente la omisión legislativa relativa, es decir, aquella regulación incompleta del derecho, la que abriría el espacio para debatir constitucional y judicialmente la discriminación afirmativa que pudiese constatarse en ese asunto, permitiendo considerar y prevenir los efectos simbólicos que sobre el proyecto, que tal y como ha sido planteado, reduciría significativamente su justiciabilidad.⁴¹

Por lo expuesto hasta el momento, no resultaría clara la concepción del DNPH como un derecho fundamental, globalmente, e interpretable por medio del criterio axiológico,⁴² y menos aún considerar que la acción de tutela garantizaría su aplicabilidad, en cuanto “ostenta la investidura de un derecho al mínimo vital, la vida y la dignidad humana”.⁴³ En primer lugar, el sujeto que eventualmente podría adquirir la posición de titular sería cualquier persona natural, lo que lo hace inviable, y segundo, recargar y despachar la responsabilidad de su extensión al juez de tutela sería tanto contraproducente como limitado, en tanto provocaría una congestión judicial indeseable, como un conflicto de quién debe intermediar entre la Constitución y el individuo titular del derecho fundamental.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ver Sarmiento Erazo, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa, entre el Juez Constitucional y el Juez Administrativo*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibañez, Depalma, Bogotá, 2010.

⁴² Ver Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Op. cit.

⁴³ Colombia, Congreso de la República, proyecto de acto legislativo n.º 048, “Por el cual se adiciona un artículo nuevo a la Constitución Política para garantizar el Derecho Fundamental a la Salud”.

Por oposición a la interpretación previamente resumida, los derechos fundamentales que le brindan la misma categoría al DNPH podrían ser el de la vida, el mínimo vital y la dignidad humana, características que identifican al grupo vulnerable eventualmente beneficiario. No obstante, difícilmente se podría ampliar la masa de favorecidos a cualquier beneficiario y, menos aún, dejarlo al arbitrio judicial. Siendo a su vez un DESC, el legislador no podría perder su capacidad de regularlo, desplegar un diseño institucional que procure los recursos para su sostenibilidad y establecer diferenciaciones en grupos poblacionales más necesitados, para desplegar el DNPH progresivamente, a todo individuo que por sus circunstancias socioeconómicas requiera de la intermediación del Estado para procurar sus derechos asistenciales. Sin obligado, no podrían mediar los deberes sociales que hagan sostenible el DNPH,⁴⁴ y sin la contribución de los medios de producción, su efectividad se hace inalcanzable.

Es el principio de solidaridad y trabajo el que en realidad puede mediar la tensión verificable entre la propiedad, la protección a la actividad económica privada y la igualdad material. La propuesta realizada por el constituyente acude al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que reconocen a cada individuo un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, alimentación, vestido y vivienda adecuados. Con todo, el mismo pacto ha sido más limitado de lo que se ha presentado en el proyecto de acto legislativo, en realidad, el numeral segundo del artículo 11 del mencionado pacto establece la manera en que los estados deben garantizar el DNPH, a saber:

- a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
- b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que

⁴⁴ Ver Penner, James E., *El análisis de los derechos*, Traducción de Everaldo Lamprea Montea-
legre, Universidad Externado, Bogotá, 2002.

se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Como se observa, la manera en que se ha concebido internacionalmente el DNP, hace que exista un particular escepticismo sobre su expansión o despliegue por vía de bloque de constitucionalidad y, a su vez, impide reconocer la titularidad del derecho, como se ha advertido en varios puntos. El populismo, evidente en la ambigüedad, la adhesividad del discurso retórico y la amplitud de beneficiarios haría inaplicable, las más de las veces, el contenido normativo del proyecto en cuestión.

Como se expuso, resultaría claro que la ambigüedad normativa antes señalada se vería acompañada de una ineficacia instrumental evidente. Si se tomaran únicamente los datos consignados en el CONPES 140 de 2011, se consideraría que el porcentaje de personas en pobreza extrema (indigencia) sería aproximadamente el 16,40% de la población colombiana en el 2009; el porcentaje de personas en pobreza sería el 45,50% de la población en el 2009; y el porcentaje de personas con ingreso inferior a 1,25 dólares diarios (PPA de 2005) sería el 6,50% de la población colombiana en el 2009. Sería no solo una gran población en condiciones de reclamar el derecho, sino también una evidente carga valorativa y simbólica de un derecho que pretende consagrarse como fundamental, que conduciría rápidamente a la apropiación simbólica de la Constitución y, con ello, a su rápida deslegitimación aunada a una asignación valorativa hipertrófica.

2.3. La penalización constitucional del aborto y la eutanasia, la carga valorativa de la derecha desutópica

En septiembre de 2011, el senador Manuel Enríquez Rosero, del partido de la U, con apoyo de la bancada conservadora, presentó el proyecto de acto legislativo n.º 06 de 2011,⁴⁵ por medio del cual se reformaba el artículo

⁴⁵ El proyecto de acto legislativo fue presentado en coautoría con los siguientes Congresistas: Jorge Hernando Pedraza Gutiérrez, del partido Conservador Colombiano; José Darío Salazar Cruz, del partido Conservador Colombiano; José Iván Clavijo Contreras, del partido Conservador Colombiano; Juan de Jesús Córdoba Suárez, del partido Conservador Colombiano; Juan Manuel Corzo Román, del partido Conservador Colombiano; Juan Samy Merheg Marún, del partido Conservador Colombiano; Liliana María Rendón Roldán, del partido Conservador Colombiano; Luis Emilio Sierra Grajales, del partido Conservador Colombiano; Manuel Mesías Enríquez Rosero, del partido Social de Unidad

11 de la Constitución, en el siguiente sentido: “Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable y recibirá igual protección desde la fecundación hasta la muerte natural. No habrá pena de muerte”.

En este proyecto de acto legislativo, el Legislador fundamentó la propuesta normativa en una reacción hacia

Nacional - Partido de la U; Myriam Alicia Paredes Aguirre, del partido Conservador Colombiano; Olga Lucía Suárez Mira, del partido Conservador Colombiano; Roberto Victor Gerlein Echeverría, del partido Conservador Colombiano; Karime Mota y Morad, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; José Alfredo Gnecco Zuleta, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Roberto José Herrera Díaz, del partido ALAS; Carlos Eduardo Hernández Mogollón, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Buenaventura León León, del partido Conservador Colombiano; Alfredo Guillermo Molina Triana, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Diego Alberto Naranjo Escobar, del partido Conservador Colombiano; Elkin Rodolfo Ospina Ospina, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Felipe Fabián Orozco Vivas, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Jairo Quintero Trujillo, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Elías Raad Hernández, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Adolfo León Rengifo Santibañez, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Luis Enrique Salas Moisés, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Efraín Antonio Torres Monsalvo, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Didier Alberto Tavera Amado, del Partido de Integración Nacional (PIN); Sandra Elena Villadiego Villadiego, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Jaime Alonso Vásquez Bustamante, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Carlos Alberto Zuluaga Díaz, del partido Conservador Colombiano; Ciro Antonio Rodríguez Pinzón, del partido Conservador Colombiano; Esmeralda Sarria Villa, del partido Conservador Colombiano; Germán Alcides Blanco Álvarez, del partido Conservador Colombiano; Henry Humberto Arcila Moncada, del partido Conservador Colombiano; Heriberto Sanabria Studillo, del partido Conservador Colombiano; Juan Carlos García Gómez, del partido Conservador Colombiano; Juan Carlos Sánchez Franco, del partido Conservador Colombiano; Juan Diego Gómez Jiménez, del partido Conservador Colombiano; Marta Cecilia Ramírez Orrego, del partido Conservador Colombiano; Miguel Gómez Martínez, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Nidia Marcela Osorio Salgado, del partido Conservador Colombiano; Obed de Jesús Zuluaga Henao, del partido Conservador Colombiano; Claudia Marcela Amaya García, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; José Ignacio Bermúdez Sánchez, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Ángel Custodio Cabrera Baez, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Carlos Arturo Correa Mojica, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Eduardo José Castañeda Murillo, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Antonio José Correa Jiménez, del Partido de Integración Nacional (PIN); Jorge Aurelio Iragorri Hormaza, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Carlos Eduardo Enríquez Maya, del partido Conservador Colombiano; Carlos Emiro Barriga Peñaranda, del partido Conservador Colombiano; Carlos Ramiro Chávarro Cuéllar, del partido Conservador Colombiano; César Tulio Delgado Blandón, del partido Conservador Colombiano; Claudia Janneth Wilches Sarmiento, del partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U; Efraín José Cepeda Sarabia, del partido Conservador Colombiano; Fernando Eustacio Tamayo Tamayo, del partido Conservador Colombiano; Gabriel Ignacio Zapata Correa, del partido Conservador Colombiano; Hernán Francisco Andrade Serrano, del partido Conservador Colombiano. Esta información ha sido extraída de la página de la Organización No Gubernamental, “Congreso Visible”, Colombia, disponible en: <<http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/6292/#tab=2>>, consulta del 12 de septiembre de 2013.

Los cambios propuestos al igual que ocurre frente a aspectos políticos y de derechos humanos o frente a consideraciones de salud pública, en especial de salud materna; razones demográficas de alto impacto inciden de manera directa en las decisiones a adoptarse. La educación, proceso dirigido a la transmisión de valores y conocimientos, o la religión concebida como un sistema de creencias y prácticas relativas a lo sacro y lo divino tienen incidencia inmediata en el devenir de estos asuntos.

La ponencia señalada hace explícita su carga ideológica, desutópica⁴⁶ y moral, bajo una visión universalista del sentido social.

El acto legislativo, inclusive, señala que la Sentencia C-355 de 2006 desembocó en una línea jurisprudencial progresiva que parecería desarrollarse hacia la legalización de todas las formas de aborto, entre ellas, son citadas las Sentencia T-946 de 2008, Sentencia T-388 de 2009 y la Sentencia T-585 de 2010. De este último fallo se resalta la consagración del derecho fundamental de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, como derecho reproductivo, implícito en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros, pero deja de lado el hecho de que el derecho fundamental de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo había quedado subordinado a las condiciones particulares dispuestas en la Sentencia C-355 de 2006.⁴⁷

La motivación del acto legislativo profundiza e incrementa su adhesión por medio de cuestionamientos centrales a la concepción misma de la cultura jurídica colombiana. Señala el propio proyecto de acto legislativo que

⁴⁶ La expresión desutópico hace referencia a una utopía que retrocedía los cambios sociales, siendo fundamental reconstruir las estructuras que ya habían sido modificadas. Estudios recientes ubican esta categoría en el caso de Miguel Antonio Caro, quien se identificaba con la cultura clásica y a la religión católica como referente moral e institucional. Rubiano Muñoz Rafael, "Derecho y política, Miguel Antonio Caro y la regeneración en Colombia a finales del siglo XIX", *Revista Opinión Jurídica*, Julio-Diciembre, 2007, pp. 141-162.

⁴⁷ La citada sentencia autorizó el aborto solo en tres casos: primero, que la mujer haya sido víctima de acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida; segundo, cuando está en peligro la vida de la madre y tercero, cuando el embrión padece de malformaciones incompatibles con la vida.

También en forma lamentable y paulatina la sociedad civil se ha ido separando de los criterios del derecho natural, derecho humano inalienable en el cual se apoyan las declaraciones internacionales, para dar paso, con fundamento en un hedonismo mal entendido, a desequilibrios y vulneraciones de la persona humana al punto que excepciones constitucionales y legislativas llegan a permitir la muerte al amparo de una legalidad irracional e injusta.⁴⁸

El mencionado proyecto de acto legislativo recibió ponencia en primer debate el 14 de septiembre de 2011, pero se archivó con ocasión a la solicitud de los senadores Roy Barreras, Parmenio Cuéllar y Jorge Eduardo Londoño el 27 de septiembre del mismo año. Con todo, con ocasión al objeto de estudio, es el lenguaje y el contenido desutópico y moralista del proyecto el que pretendería censurar y prohibir todas las formas de aborto, así como la eutanasia o suicidio asistido, pensando en una capacidad transformadora que la norma no tendría.

La indeterminación del lenguaje se compagina con su contenido valorativo, moralista y desutópico. El párrafo inmediatamente citado da cuenta del debate político e ideológico que revela quizá un esfuerzo desutópico por volver y ‘recuperar la importancia del ser humano’, fundamentando, en parte, la adhesión popular a la mencionada propuesta en estudios periodísticos⁴⁹ que sugerirían un apoyo cuantitativo a la propuesta realizada.

El proyecto acude entonces a un universalismo difícil de eludir, en el cual, a la luz del carácter absoluto del derecho a la vida, se considera que la sociedad, en su totalidad, está dispuesta a censurar esta práctica. La ponencia expone, a la luz de la propuesta operacional que contiene el presente artículo, que

[E]s hora de que quienes en Colombia poseemos el poder otorgado por el Pueblo para garantizar a madres, hijas e hijos y a la familia entera, la

⁴⁸ Colombia, Senado de la República, proyecto de acto legislativo No. 06 de 2011, “por medio del cual se reformaba el artículo 11 de la Constitución”.

⁴⁹ La ponencia cita: “(septiembre 1º. de 2011) el periódico El Tiempo en su columna “Opinómetro”, publicó los datos recogidos por la firma encuestadora Datexco Company S.A. a la pregunta “¿usted está de acuerdo o en desacuerdo con volver a prohibir el aborto en cualquier caso?”. Las opiniones recogidas arrojan los siguientes resultados: de acuerdo, 57,4%; en desacuerdo, 37,7%; no sabe, 4,8%. Al advertir las características de la muestra se evidencia que la mayoría de los colombianos prefiere la vida”.

protección necesaria de su salud y su vida durante su ciclo biológico, y de desarrollo existencial completo; legislemos con más apertura al derecho a la vida de todos los seres humanos que habitan el territorio nacional, y de los colombianos que están en el exterior.⁵⁰

Ahora bien, este proyecto de acto legislativo se distancia de los anteriores analizados, en la medida en que no contiene medidas normativas ineficaces en términos de recursos económicos para su ejecución; no obstante, su grado de ineficacia material y eficacia simbólica coincide con los anteriores debido a que se trata de una conducta que intenta regularse, prohibirse y penalizarse, basada en valores y paradigmas que adhieren al auditorio, con ventajas morales que se superponen a la vocación de la Carta de 1991.

Ciertamente, se trata de un acto legislativo que en nada alteraría la realidad, pues el aborto se trata de una conducta habitual, aunque penalizada, que se ampara en la incapacidad instrumental del Estado. El Instituto Alan Guttmacher de Nueva York ha expuesto que el aborto inseguro en los países de América Latina que tienen leyes restrictivas “alcanza dimensiones epidémicas”.⁵¹ Para 1989, demuestra el estudio, había cuatro abortos por cada diez nacidos vivos en Brasil, Colombia, Perú y República Dominicana, y cerca de seis abortos en Chile por cada diez nacimientos. Esto supone que 4 millones de mujeres latinoamericanas recurren a abortos inseguros. En Colombia, en ese mismo año, hubo 36 por mil mujeres en edad fértil que se practicaron abortos inseguros. En 1992 otro estudio confirmó esta situación, demostrando que entre las mujeres colombianas de 15 a 55 años, 22,9% –una de cada cuatro– tuvo un aborto inducido. Establece este estudio que si se considera únicamente el grupo de adolescentes embarazadas menores de 19 años, el porcentaje llega a 44,5% –una de cada dos–.⁵²

Esta situación no parece haber cambiado en los últimos años. Por una parte, la proporción de embarazos no planeados aumentó de 33,6% en

⁵⁰ Colombia, Senado de la República, proyecto de acto legislativo n.º 06 de 2011, “por medio del cual se reformaba el artículo 11 de la Constitución”

⁵¹ Ver Centro de Investigación Sobre Dinámica Social (CIDS), *El aborto inducido en Colombia: características demográficas y socio-culturales*, Universidad Externado de Colombia y OMS, Bogotá, 1992.

⁵² *Ibid.*

1990 a 54 en 2005,⁵³ en una cifra cercana a 1 722 578 mujeres,⁵⁴ mientras que informalmente la Comisión de Regulación de Salud ha expuesto que entre los años 2006 y 2010, se practicaron 34 000 abortos ilegales, que parece haber iniciado un proceso afirmativo por parte del Estado a partir de la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional C-350 de 2006 y citadas en este documento, pero que con el acto legislativo referido, estaría volviendo a la penalización absoluta del aborto, aun cuando los riesgos sociales parecen demostrar que el aborto inseguro podría incrementarse, muy a pesar de cualquier reforma constitucional o legislativa regresiva sobre la materia.⁵⁵

La capacidad retórica intenta, como se ha demostrado, acudir a opiniones generalizadas, por virtud de las cuales, se brinde apoyo ético o moral ineludible, incluso, difícil de debatir racionalmente. El populismo se hace evidente no a la luz de la carga simbólica que sustenta la reforma constitucional, sino desde el repliegue de avances jurisprudenciales, igualmente ineficaces, que se pretende combatir desde visiones moralistas, dándole tintes partidistas e ideológicos a una Constitución que se pretende neutral.

Conclusión

Podría aseverarse, a la luz del desarrollo del texto, que parecería existir una correlación entre la proposición de textos constitucionales con un alto grado de ineficacia que intentan ocultar una oportunidad política que está en juego, y la capitalización de la opinión popular a favor de quienes participan de la redacción y propuesta de reforma constitucional. La inflación normativa y, con ello, la hipertrofia del ordenamiento constitucional parece constatar en medio de un desmedido apego a la reforma constitucional

⁵³ Colombia, Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, Profamilia, *Encuesta Nacional de Demografía y Salud*, Bogotá, 2005.

⁵⁴ Ver Zamudio L, Rubiano N, Wartenberg L, Viveros M, Salcedo H. "El aborto inducido en Colombia". En *Cuadernos del CIDS*. Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social. Universidad Externado de Colombia. Bogotá; 1999. pp. 23-24.

⁵⁵ Colombia, Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, Bogotá, Boletín de Prensa, 13 de Diciembre de 2011.

como aquella fórmula que tiene un atributo del que en realidad carece, la capacidad transformadora unívoca y omnímoda de realidades sociales.

La propuesta del 'populismo constitucional' intenta mediar entre esta forma de legislar, que supone la modificación constante de la Constitución con la creencia de que esta tiene la atribución universal de definir realidades sin mediación instrumental alguna. La capacidad transformadora de la Constitución no parecería estar garantizada, razón por la cual, su carga simbólica como instrumento para la capitalización política, produce textos constitucionales cargados emotiva y simbólicamente que, por demás, están atribuidos de múltiples aspiraciones, pero no así de instrumentos efectivos para su aplicación.

Como se expuso, los proyectos analizados no corresponden a la modificación para la adaptación del ordenamiento constitucional que se realiza como reacción a realidades sociales específicas y dinámicas, que requieren remodelar su contenido. En efecto, los actos legislativos seleccionados se construyeron sobre agendas políticas individuales, que responden a coyunturas específicas y periodos electorales, que se fundamentan en hechos sociales o 'acontecimientos' que deslumbran al electorado, pero que estarían destinados a una ineficacia permanente que deslegitima a la Constitución, pues le asigna un poder transformador prácticamente 'milagroso'.

Las consecuencias de la inflación normativa en la Constitución son evidentes. En primer lugar, la consagración de normas sin eficacia alguna suponen la deslegitimación de la Carta y sus instituciones que permite sustentar acciones de hecho de quienes pueden ser adjudicatarios de la norma ante un Estado notablemente ausente, que deja de actuar tanto por reservas presupuestales como por oportunidades políticas que emergen de la ejecución de disposiciones económica y socialmente costosas. Segundo, la creación de normas que suponen un componente simbólico parecerían atraer para la Carta una consecuencia evidentemente nociva, la inaplicación sistemática de reglas que pueden producir demandas sociales radicales, afectando el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana.

Esto, por demás, conduce entonces a la demanda por más Estado, que en la experiencia colombiana parecería haberse identificado con dos funciones primordiales, el mantenimiento del orden público y la seguridad y, subsidiariamente a lo anterior, la inversión social. Por ende, la deslegitimación se profundiza en la medida en que, ante normas ciertamente

simbólicas y sistemáticamente ineficaces, la respuesta estatal se dirige al control del orden público que la cultura jurídica y popular ha acentuado en la experiencia colombiana.

Precisamente, el ‘populismo constitucional’ tiene su punto de contacto con el ‘populismo’ de Lacan y Salinas, en tanto, parecería acentuar y acumularse políticamente por líderes locales o nacionales, que se relacionan con sus contradictores por medio de antagonismos constitutivos, fortalecidos por la ineficacia sistemática del ordenamiento jurídico. El ‘populismo’, como manera de hacer política, se vale del derecho, como herramienta de dominación, que, a través de normas cargadas de una eficacia simbólica, amplían las relaciones diferenciadoras de la sociedad, permitiendo que los actores políticos se presenten como canalizadores, en apariencia, de demandas populares. Como bien lo señala la autora Alejandra Salinas, la articulación de demandas sociales sin contenidos específicos, se desplazan contingentemente, unidas por su común insatisfacción frente a un otro antagónico que las oprime. El debilitamiento de las instituciones es apenas un efecto de una carga simbólica hipertrófica, dado que, la servidumbre emocional que tiene la Constitución, provoca en quien detenta el poder y emite políticas públicas, una relación antagónica con el resto de sujetos beneficiarios del contenido normativo.

A su vez, la lógica antagónica y el debilitamiento institucional aceleran el populismo, como representación del deseo sedicioso o desestabilizador del *statu quo*. El populismo, en el ejercicio del poder constitutivo, termina por crear normas fundamentales altamente inaplicables y que recauda para sí el gran capital político que produce un ordenamiento constitucional altamente valorativo, pero de igual forma, ineficaz.

Bibliografía

1. Arango Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
2. Bourdieu Pierre, “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”, en *La fuerza del derecho*. Uniandes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, Bogotá, 2000.
3. Chinchilla Herrera Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 2009.

4. García Roca Javier. "Del principio de la división de poderes". *Revista jurídica Aequitas*, abril-junio, 2000, (108), México.
5. García Villegas Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho, examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá, 1993.
6. Ginsbirg Tom, *Judicial Review in New Democracies, Constitutional courts in asian cases*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
7. Granda Marín Alberto, "Asamblea Nacional Constituyente y Constitución Política de 1991", *Pensamiento Humanista*, 1994, (2), Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.
8. Laclau Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.
9. Lemaitre Ripoll Julieta, *El derecho como conjuro, fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.
10. Lemaitre Ripoll Julieta, *La paz en cuestión. La guerra y la paz en la Asamblea Constituyente de 1991*, Uniandes, Bogotá, 2011
11. Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, PAIDÓS, Buenos Aires, 2004.
12. Penner, James E., *El análisis de los derechos*, Traducción de Everaldo Lamprea Montealegre, Universidad Externado, Bogotá, 2002.
13. Pizzio Calogero, "Populismo y Rupturas constitucionales, los Casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador", en *Estudios Constitucionales*, 2007, 5, (1), Santiago de Chile.
14. Restrepo, Esteban, "Reforma Constitucional y Progreso Social: La 'Constitucionalización de la Vida Cotidiana' en Colombia", SELA *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Uniandes, Bogotá, 2002.
15. Rincón Salcedo Javier, "Las democracias andinas, entre el populismo constitucional y constitucionalismo popular", en *Visage d'Amérique Latine*, 2006, (3), pp. 33-38. Juin, Poitiers.
16. Rubiano Muñoz Rafael, "Derecho y política, Miguel Antonio Caro y la regeneración en Colombia a finales del siglo XIX", *Revista Opinión Jurídica*, 2007, julio-diciembre, pp. 141-162, Universidad de Medellín.
17. Sagüez, Néstor Pedro, *Las cláusulas de salvaguardia de la Constitución*, Konrad – Adenauer– Stiftung A.C. Buenos Aires, 2001.
18. Salinas Alejandra, "La teoría política de Ernesto Laclau", *Crítica. Revista Digital de Teoría Política Contemporánea*, noviembre, 2011, 1, Año 1, pp. 168-188. Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, U de la República, Montevideo, en <<http://www.fcs.edu.uy/pagina.php?PagId=1081&CatId=97&SubCatId=284>>, consulta del 22 de febrero de 2012.
19. Sarmiento Erazo, Juan Pablo, *Responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa, entre el Juez Constitucional y el Juez Administrativo*, Pontificia Universi-

- dad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibañez, Depalma, Bogotá, 2010.
20. Sieckmann Jan-R, "Los derechos fundamentales como principios", en *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
 21. Unger Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies, Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
 22. Williams Crenshaw Kimberlé, "Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación", en *Crítica jurídica, Teoría y Sociología en Estados Unidos*, Uniandes, Bogotá, 2006.
 23. Williams Patricia, *The alchemy of Race and Rigts*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
 24. Zamudio L, Rubiano N, Wartenberg L, Viveros M, Salcedo H. "El aborto inducido en Colombia". En Cuadernos del CIDS. Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

