

1

SERIE DE  
**DOCUMENTOS DE TRABAJO**  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**El deber de libertad  
de ganarse la vida**

---

Magdalena Correa Henao

---

## **SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO**

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en [www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 1  
***El deber de libertad de ganarse la vida***  
Magdalena Correa Henao

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2014, Departamento de Derecho Constitucional,  
Universidad Externado de Colombia.  
Paola Andrea Acosta, Editora  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia  
[www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

---

# Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO  
*Directora del Departamento  
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.  
*Editora*

## El deber de libertad de ganarse la vida

### SUMARIO

1. Ganarse la vida, más allá del derecho al trabajo. 2. Ante todo un deber individual, un deber que se ejerce. 2.1. Ganarse la vida como deber constitucional. 2.2. Excepciones al deber constitucional. 3. Deber con dignidad. La dignidad del trabajo, el premio de consolación de los modernos? 3.1. Una libertad económica que dignifica. 3.2. Ser y no ser del deber de libertad de ganarse la vida. 4. Protección del deber de ganarse la vida como forma de reducir la pobreza

La pobreza puede ser analizada desde diversas perspectivas: como problema político o cultural<sup>1</sup> o, también, en relación con el acceso a bienes y servicios<sup>2</sup>. Este último, el enfoque que mide condiciones económicas y sociales,

\* Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en derecho Universidad Carlos III de Madrid.

1. MONTESQUIEU habló de estas dos clases de pueblos pobres: “los que lo son a causa de la dureza del Gobierno, [que] son también incapaces de tener virtudes, porque su pobreza forma parte de su esclavitud; los otros son pobres porque desdeñaron o no reconocieron las comodidades de la vida. Estos pueden hacer grandes cosas porque su pobreza forma parte de su libertad”. *Del espíritu de las leyes*. Paris, Garnier Hermanos, 1939, p. 266. Habría podido referirse a la actual Colombia, no porque la dureza del Gobierno (que la es), nos haga incapaces de tener virtudes, sino por admitir esa dureza (de la tributación regresiva, del abultado y no evaluado presupuesto de guerra, de los deplorables resultados en indicadores sociales y de respeto a los DD.HH. civiles y políticos, entre otros), como algo no solo tolerable, sino necesario e irremplazable. Y también por desdeñar la inmensa competencia comparativa de Colombia en biodiversidad, –tesoro del planeta– y la versatilidad de su mano de obra. No hablaremos aquí de estos tipos.

2. Leyendo de corrido y sin respirar, significa por ejemplo que, en 2006, al menos 6.6 mil de colombianos comen apenas lo necesario para sobrevivir o aguantan hambre, con ingresos mensuales que no llegan a los \$91.000. La pobreza extrema esta en el 14.7%, el gobierno planea reducirla en el 2010 al 7.2%! (*Estudio de la pobreza, Misión contra la pobreza, 2006*). Y que en 2008, ya es el 18% de la población colombiana la que vive en estado de indigencia, esto es, con menos de un salario mínimo para sostener una familia de cuatro miembros, y que el 46% de la población vive en la pobreza, es decir con menos de 1 millón doscientos mil pesos por familia, pero que esa cifra alcanza el 65% respecto de la población rural, y que además, entre 2002 y 2007 el país creció a una tasa promedio del 4,5%, pero el coeficiente Gini para el país en 2008 alcanzó el 0,59, prácticamente el mismo del 2002 (Misión interinstitucional Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad –MESEP–, que convocaron el DANE y Planeación Nacional, 2009. En [www.semana.com](http://www.semana.com)). O que en 2006 Colombia es la

tiene como peor consecuencia, desde la perspectiva de un liberal de nuestros días<sup>3</sup>, el reducir o anular las facultades que permiten asumir en condiciones de dignidad y libertad, el ganarse la vida.

Presento aquí una breve aproximación a esa figura jurídica, que hablando de lo mismo, o sea de las libertades económicas, comienza de modo distinto, por su componente deber, pues ganarse la vida ante todo “toca”, y “toca” con mayores exigencias para quienes tienen bajos ingresos. Y “que toque” posee implicaciones importantes para sus titulares y crea nítidas obligaciones de Derecho público y también, de Derecho privado.

Se hablará, entonces, primero de la naturaleza jurídica básica del deber de ganarse la vida y de sus excepciones, al igual que de su indispensable conexión con la dignidad humana y con la libertad. Se apuntará sobre lo que significa en concreto este deber de libertad y los requisitos para su desarrollo, incluido el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particu-

economía 43 del planeta, pero por ingreso *per cápita* pasa a ser la 123, ocupando el puesto 11 en los países más desiguales - dentro de 124 países. (*Índice de desarrollo humano IDH, 2006*); y que en el 2005, 231 mil propietarios poseían 53.3% de la tierra, al tiempo que otro grupo de 1,3 millones de propietarios tiene apenas el 0,42%; en el 2005 el país creció pero el nivel de la pobreza fue del 49,2%, similar al de 1995 (*Estudio Centro de Investigación para el Desarrollo (CID), UN, 2006*); o que en 2006, 21.6 millones de habitantes o sea el 51.7% de la población, no está afiliado a ningún sistema de salud, casi el 51% de la población, no tiene alcantarillado, el 44.3% no cuenta con recolección de basura, el 30% está sin acueducto y el 25% de los niños entre 5 y 6 años y el 33% de los jóvenes entre 12 y 17 años no van a la escuela (*Contraloría General de la República, octubre de 2006*). Ser pobre entendido también como que el 48.5% de la nueva población colombiana nace pobre y el 5.3% indigente (*Estudio CID UN 2002 - 2006*), o que para ese mismo año ya existían 3 millones de desplazados, el segundo lugar después de Afganistán (*Ong Codhes, sep. 2006*); y que 35.000 niños son víctimas de explotación sexual en el país (*Estudio de la Fundación Esperanza, nov 2006*). Pobreza o que la tasa de empleo solamente aumentó del 51.8 al 53.6 entre 1997 y el 2005, y a costa de la calidad y disminución de los salarios - los trabajadores ganan 9% menos (*Estudio académico del mercado laboral entre 1997 y 2005, Universidad Externado de Colombia*); o porque queda menos de la décima parte de los bosques que había hace 40 años (*Investigación Universidad Eafit y Colciencias: La erosión en el río Magdalena, oct. 2006*); o porque el 80% de las negritudes vive por debajo de la línea de pobreza absoluta y cerca del 50% que vive en el área rural es analfabeta (*resultados censo del DANE publicados en el 2006*). Pobreza, *oh terrible, arida y fea*, porque los nevados se están derritiendo y el 75% de los paramos, de los corales de los océanos Atlántico y Pacífico están en riesgo de desaparecer (*El Tiempo, Julio 2006*); de 21.6 mll de habitantes, el 51.7% no está afiliado a ningún sistema de salud, casi el 51% no tiene alcantarillado, el 44.3% no cuenta con recolección de basura, el 30% esta sin acueducto y el 25% de los niños entre 5 y 6 años y el 33% de los jóvenes entre 12 y 17 años no van a la escuela (*Contraloría general de la República, 2005*). Datos recogidos por HELENA BALCAZAR. *Fundamentos de la RSE, 2009*. Consultado en [www.leyendar.com](http://www.leyendar.com).

3. Y de los de siempre, pues el Barón también decía al final del libro XXIII “De las leyes con relación al número de habitantes”, que “Un hombre no es pobre porque no tiene nada, sino porque no trabaja. El que no tiene ningún bien, pero trabaja, vive con tanta holgura como el que tiene cien escudos de renta sin trabajar. El que no tiene nada pero tiene un oficio, no es más pobre que el que tiene diez arpentos de tierra propios y debe trabajarlos para subsistir”. *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 343.

lares. Se apuntará en seguida sobre las limitaciones legítimas e ilegítimas del componente libertario del deber de ganarse la vida y al final, se establecerá la razón por la que esta perspectiva de análisis puede ser útil para enfrentar el incumplimiento constitucional que significa la pobreza.

Un enfoque que pretende completar la estructura de los derechos económicos, destacando las exigencias muy vinculantes que generan en todos los sujetos relacionados con ellos, capaces de activar la responsabilidad intrínseca de las libertades y de comprometer la flexibilidad y neutralidad de políticas públicas económicas por adoptar. Un enfoque a favor de una protección más completa, igualitaria y solidaria del deber de libertad de ganarse la vida, y de su ejercicio más concurrente, cooperante, responsable y autónomo posible<sup>4</sup>.

#### 1. GANARSE LA VIDA, MÁS ALLÁ DEL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 6º del PIDESC establece que los Estados partes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”<sup>5</sup>. Por su parte el Protocolo de San Salvador a la Convención americana de DD.HH., también en su artículo 6º, aunque no hace referencia a esta noción y habla directamente del derecho al trabajo, lo reconoce como el que “incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

Y en seguida, como complemento de las obligaciones del Estado, señalan tales disposiciones de los dos pactos que “para lograr la plena efectividad de este derecho”, él mismo adoptar entre otras medidas, “la orientación [vocacional] y formación [o capacitación] técnico-profesional” o a la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva [o logro de pleno empleo], en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

4. Agradezco al profesor FEDERICO SUÁREZ su seria crítica a este documento. He tratado de tenerla en cuenta por estar tan convencida como él, de lo inquietante que puede ser el restar a lo social carácter de derecho, conquista difícil, no acabada e imprescindible del Derecho constitucional. Pero no desfallezco en la defensa de otra forma de ver el asunto, que active algo la racionalidad jurídica, endurezca la idea y el discurso cargas públicas, pero también, las responsabilidades del sujeto. Algo que, *mutatis mutandi*, retome la idea de la *procura existencial* de FORSTHOFF como principal razón de ser del Estado pero al mismo tiempo como concepto al servicio de (crear) las libertades de facto que el racionalismo ilustrado siempre ha querido. Sobre esta teoría, ampliamente estimulante para lo aquí dicho, la completa monografía de NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2007, especialmente pp. 83-104.

5. Resaltado fuera del texto original.

Esta disposición, se entiende aquí como referencia a una idea más amplia que la que cubre el derecho al trabajo dependiente, remunerado, protegido con mínimos<sup>6</sup>. Aunque la tradición socialdemócrata de mediados de siglo xx haya pesado mucho en la redacción de tales pactos y por tanto el nombre con se reconoce es el del derecho al trabajo<sup>7</sup>, como derecho humano *in nuce*, lo que en sus normas se consagra desde el Sistema jurídico universal y americano, es el derecho de ejercer libremente, con justa retribución o asignación de la utilidad y las responsabilidades proporcionales del caso, el deber de ganarse la vida.

Deber, proveniente no sólo del imperativo de supervivencia autónoma, sino también, y a pesar de todos los esfuerzos<sup>8</sup>, de la cierta y efectiva fragilidad del discurso jurídico de los derechos sociales como derechos de cumplimiento progresivo<sup>9</sup>, y más en concreto, de la inexistencia *del derecho a un trabajo*<sup>10</sup> y del carácter evidentemente no vinculante<sup>11</sup> del artículo 11 del PIDESC, que

6. Que es la que en efecto se protege desde los artículos 7º del PIDESC y 7º del Protocolo de San Salvador, y que sigue muy de cerca el art. 53 constitucional, como p.e. una remuneración que proporcione al menos un salario equitativo e igual, sin distinciones de ninguna especie, condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia; seguridad e higiene en el trabajo; igual oportunidad para la promoción; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo, las variaciones periódicas pagadas y la remuneración de los días festivos.

7. Algo semejante ocurre con la Observación n.º 18, preparada por el Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, (E/C 12/GC/18, publicado el 6 de febrero de 2006), pues en ella, se verá a continuación, es definido el trabajo como figura que incluye las relaciones dependientes como independientes, mas en su desarrollo, el Comité se inclina sustancialmente a analizar las situaciones jurídicas, los derechos, las obligaciones y los incumplimientos relacionados con el empleado, o el sujeto dependiente económicamente de alguien en las relaciones del mercado. .

8. No sólo de la jurisprudencia constitucional sobre salud, seguridad social, desplazamiento forzado y en general poblaciones vulnerables, que se puede ver en JUAN CARLOS UPEGUI. *Doce tesis en torno del concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. También en la doctrina, como lo muestran entre muchos, CESAR RODRÍGUEZ et. al. *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derecho y políticas públicas*. Bogotá, Dejusticia, 2008; RODOLFO ARANGO. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005; GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2004. Y naturalmente el conjunto de artículos de los profesores ANSUÁTEGUI, LÓPEZ, RIVEROS y GUTIÉRREZ, que integran la primera parte de este libro.

9. De modo significativo desde la jurisprudencia los salvamentos de voto de los magistrados SIERRA PORTO, ARAÚJO RENTERÍA a la sientencia C-257 de 2008, por medio de la cual se juzga de nuevo la constitucionalidad de la reforma laboral de 2002.

10. Así se aprecia con FORSTHOFF al indicar, como característica de la procura existencial, que a pesar de ser una responsabilidad que recae en el Estado, “no pueden extraerse consecuencias jurídicas directas ni pueden deducirse pretensiones ante los tribunales invocando la procura existencial”. En NURIA MAGALDI. *Procura existencia, Estado de Derecho y Estado social, cit.*, p. 92.

11. Baste para ello revisar no los estudios de universidades y ONG’s, sino el informe oficial de la Misión interinstitucional Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y

contempla el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”<sup>12</sup>.

Una figura compleja, camaleónica, de diversas dimensiones o naturalezas, en la que se reúnen un conjunto de posiciones jurídicas de orden económico, reconocidas a los seres humanos para crear o incrementar su patrimonio, con el que atienden su propia subsistencia, necesidades y aspiraciones y al mismo tiempo contribuyen al desarrollo colectivo. Figura que comienza por ser un deber que se ejerce en libertad y que por lo tanto comporta derechos a algo o condiciones capacitarias para que el individuo pueda cumplir con lo que le impone, proveerse a sí y a los suyos, de las condiciones básicas de existencia y desenvolvimiento personal.

## 2. ANTE TODO UN DEBER INDIVIDUAL, UN DEBER QUE SE EJERCE

Ganarse la vida comienza por ser un deber de la persona humana. Porque aunque se acompaña desde el discurso jurídico de los atributos de la libertad de elección de la actividad económica por desplegar (arts. 26 y 333 CP), lo tiene que hacer con objeto lícito (arts. 6º, 150, num 1 CP), soportarse en la igualdad de oportunidades (arts. 13, 53 y 333 CP) y ser sostenible en el ejercicio solidario (arts. 25, 26, 79, 80, 58, 333 CP), aún a falta de tales condiciones habilitantes y el incumplimiento de los mandatos jurídicos, para el individuo obliga a realizarse<sup>13</sup>.

Es decir que aún sin opciones, sin educación suficiente, sin alimentación adecuada, sin acceso a los servicios públicos, sin oferta digna de trabajo, etc, los individuos capaces pertenecientes a los Estados constitucionales que se

Desigualdad –MESEP–, cit., o, en lo que hace a la alimentación la cifra alcanzada en el mundo, según Josette Sheeran, directora del Programa mundial de alimentos, de mil veinte millones, (si, 1.020.000.000) millones de personas en el mundo, habitantes también de los más de 150 estados que lo han ratificado, que literalmente aguantan hambre. Vid. *Espectador*, septiembre 17 de 2009, pp. 1 y 12.

12. A este mismo respecto vale la pena resaltar el escaso análisis que ha tenido una disposición tan rica, cuyo estudio por el Comité DESC se ha reducido al derecho a la vivienda digna (Observación general n.º 4) y a no ser víctima de los desalojos forzados (Observación 7ª).

13. Ha dicho al respecto la Observación n.º 18 del Comité DESC, que: “II. *Normative content of the right to work*: 6. The right to work is an individual right that belongs to each person and is at the same time a collective right. It encompasses all forms of work, whether independent work or dependent wage paid work. The right to work should not be understood as an absolute and unconditional right to obtain employment. Article 6, paragraph 1, contains a definition of the right to work and paragraph 2 cites, by way of illustration and in a non exhaustive manner, examples of obligations incumbent upon States parties. It includes the right of every human being to decide freely to accept or choose work. This implies not being forced in any way whatsoever to exercise or engage in employment and the right of access to a system of protection guaranteeing each worker access to employment. It also implies the right not to be unfairly deprived of employment”.

organizan bajo sistemas económicos de mercado más o menos intervenidos, tienen a su cargo la responsabilidad de atender sus necesidades personales y familiares<sup>14</sup>. Las autoridades públicas pueden tener habilitaciones, competencias, mandatos, obligaciones económicas de muchos tipos, tendientes a facilitar las condiciones de vida de los miembros de la comunidad política y el ejercicio de las libertades económicas<sup>15</sup>, mas ninguna de ellas de tanta claridad, necesidad y carácter predecible como lo es el deber de los particulares de generar los recursos con los que existir cada vez, lo mejor posible<sup>16</sup>.

En la Constitución esto se aprecia en el valor que adquiere el trabajo, tanto en el preámbulo como en los fundamentos del Estado social de derecho (art. 1º). Pues no es la prestación del Estado sino el trabajo lo que se quiere asegurar a los integrantes de la Nación colombiana, y no es el asistencialismo, la provisión igualitaria de las condiciones mínimas de subsistencia, sino el trabajo, lo que fundamenta el Estado social de derecho.

La forma como se consagra el derecho al trabajo en el art. 25 constitucional, cuando lo reconoce como obligación social, es llamativa. No se habla de obligación individual sino social y con ello se destaca que el sujeto a quien va destinada la norma, hace parte de un colectivo y tiene responsabilidades con él. Con todo, además de tal supuesto, las personas anhelamos el trabajo, lo buscamos, lo aceptamos y lo ejecutamos, por otras dos razones fuertes: la primera, porque si no lo hacemos, malvivimos o no subsistimos, porque

14. En el marco de las obligaciones establecidas por el Derecho de Alimentos, como prestación debida por una persona a otra, para que ésta pueda desarrollarse en condiciones dignas: alimentación, educación, salud, diversión. Art. 411 a 427 CC., Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 75 de 1968. Vid. JORGE PARRA BENÍTEZ. *Derecho de Familia*. Bogotá, Temis, 2008, p. 501 y ss.

15. De dirección, promoción, apoyo, asistencia, garantía, atención, fomento, prestación, orientados a mejorar las condiciones para los agentes económicos y los intereses generales, a veces intensa, a veces extensa y pandita, a veces policiva, reguladora o acompañamiento, según las múltiples formas que ha venido arrojando la intervención del Estado en la sociedad y su economía. Sobre las formas de intervención, vid. SABINO CASSESE. *La nuova costituzione economica*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2000; GASPARI ARIÑO. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado. Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Comares, 1999, pp. 242 y ss., 279 y ss.

16. La limitante de que la actividad económica que se adelante para tal propósito debe tener objeto lícito, no deja de ser más que otra restricción formal. No sólo porque la ruptura radical con los principios de la moralidad pública o la inequitativa asignación salarial incentiva la búsqueda de alternativas ilícitas mucho más rentables, sino porque existen regiones en las cuales pareciera no existir opción distinta. Al respecto, vid. GUILLERMO RIVERA FLÓREZ. *Cultivos de coca, conflicto y deslegitimación del Estado en el Putumayo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. FRANCO GUERRERO ALBÁN. *Colombia y Putumayo en medio de la encrucijada: narcotráfico, fumigaciones, economía y soberanía*. Bogotá, Claridad, 2005; EDELMIRA PÉREZ. “Agricultura, cultivos ilícitos y desarrollo”, Universidad Javeriana, s.m.d. (consulta en Internet, 29 noviembre 2008). Sobre los negocios ilícitos como manifestaciones acabadas del mercado, vid el interesante trabajo de ISAAC DE LEÓN BELTRÁN y EDUARDO SALCEDO-ALBARÁN. *El crimen como oficio. Ensayos sobre economía del crimen en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

es una obligación individual y familiar, porque el Estado social de derecho *prima facie* no tiene en la manutención y el sustento de cada persona, una obligación exigible.

Pero al mismo tiempo, pues desde la Ilustración y el racionalismo<sup>17</sup>, el trabajo se ha tenido como expresión natural de la iniciativa privada y la voluntad libre y por tanto, manifestación de la libertad de desarrollo personal.

### 2.1. Ganarse la vida como deber constitucional

En lo que hace a las necesidades humanas, se trata de una obligación individual pues conforme al mismo sistema económico constitucionalmente reconocido, conforme a los valores del orden jurídico y político, es deber de la persona ver por su vida y su destino. Un deber que según el principio de libertad que lo activa, puede ser cumplido de múltiples maneras, esto es, a través del trabajo dependiente o independiente, en el marco de una organización a la que se adhiere o que crea, o sin contar con ella. Alguna actividad económica que permita alcanzar al menos los objetivos individuales de ganarse la vida.

Salvo en las circunstancias excepcionales que pasan a mencionarse, según la clasificación de EMILIO BIASCO<sup>18</sup> aparece como un deber constitucional a la vez implícito y explícito, positivo, universal, *intuitio personae* y obligatorio *prima facie*, genérico aunque con comportamientos específicos, inherente a la condición humana, no precedero<sup>19</sup>, que atañe a la esfera jurídica propia y de los suyos, a más de anómalo.

Ganarse la vida como deber constitucional implícito al listado de deberes constitucionales (art. 95), mas explícito al estimar el trabajo como la finalidad de la nueva constitución (preámbulo), fundamento del Estado social de derecho (art. 1º), derechos económicos libertarios individuales (arts. 25, 26, 58, 61, 333) y objetivo principal de la intervención del Estado en la economía

17. Que también podría ser de la especie, según se deduce del bello libro de LÓPEZ GARAVITO sobre la historia del trabajo en la antropología ancestral, cuando descubre el patrimonio económico, eso que se busca para ganarse la vida y lo que viene de allí en adelante, es una manifestación que nos precede y caracteriza: “Nuestra especie *sapiens* se convirtió, después de 140.000 largos años de habitar el planeta en el primero tipo de homínido que organizó un trabajo permanente, recurrente y diversificado para manufacturar artefactos útiles para su bienestar y desarrollo, todo lo cual consolida la formación del patrimonio económico de la humanidad desde la época temprana a la aparición de nuestra especie sobre la faz de la Tierra”. LUIS FERNANDO LÓPEZ GARAVITO. *El origen del trabajo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 273.

18. En EMILIO BIASCO. *Introducción al estudio de los deberes fundamentales*. Consultado en [www.ccee.edu.uy/enseniam/catderpu/material/deberes%20constitucionales.pdf](http://www.ccee.edu.uy/enseniam/catderpu/material/deberes%20constitucionales.pdf), marzo 12 de 2008.

19. Salvo que se consoliden condiciones económicas de derecho a algo (renta, pensión) con las que ganarse la vida tenga lugar sin la realización de actividades económicas tendientes a incrementar el patrimonio.

(art. 334). Positivo por ser realidad efectiva que ante todo carga a la persona titular y por estar reconocido en el Derecho objetivo<sup>20</sup>.

Universal, es decir *prima facie* obligación genérica para los sujetos capaces, pero por lo mismo inescindible de las restantes calidades del individuo y de la exigencia de que la realización del deber se produzca en condiciones dignas, justas, igualitarias, con oportunidades, competitivas (arts 1º, 2º, 5º, 13, 16, 25, 26, 333). Pero también puede ser considerada *intuitu personae*, al reclamarse que su ejercicio sea libre al menos formalmente, lo que genera obligaciones específicas y responsabilidades derivadas de la elección propia e individual (arts. 25, 26, 53, 333).

Es en fin un deber no precedero<sup>21</sup>, salvo que se transforme en el goce de las prestaciones derivadas de la seguridad social como la pensión de vejez, invalidez, la indemnización sustitutiva, o en el goce del ahorro privado, formas que no son cosa distinta que réditos acumulados del ejercicio del deber de ganarse la vida. Y también un deber anómalo, en ello lo más raro, en cuanto no es perseguible su incumplimiento por parte de las autoridades<sup>22</sup>, imposibilidad que no resta significado a su carácter de deber individual imperativo<sup>23</sup>.

20. En la economía el enfoque positivo corresponde a la realidad, el enfoque normativo a lo que debe ser, *false friends* para el Derecho donde lo positivo y lo normativo han tendido a ser lo mismo, identidad que ha sido base de las grandes discusiones y construcciones de la teoría y la filosofía del Derecho del siglo XX cambalache. Un rico ejemplo de la aplicación de estas dos visiones, por ejemplo en la teoría del crimen vista por juristas y economistas, en MAURICIO RUBIO. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 338-370. Y sobre la relación realidad-derecho, obras monumentales como la de JÜRGEN HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid, Trotta, (1992, 1994), 1998; o de LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*. Madrid, Trotta, (1989), 1997. O el didáctico trabajo de CARLA FARALLI. *La filosofía del derecho contemporáneo. Los temas y desafíos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 152 p.

21. Salvo que se consoliden condiciones económicas de derecho a algo (renta, pensión) con las que ganarse la vida sin la realización de actividades económicas.

22. Ni tampoco lo ha sido cuando el no hacer por ganarse la vida, esto es, la vagancia y la era reconocido como un delito, pues siempre debía estar asociado con una conducta más grave equivalente a un delito mayor, pues de otro modo no. Vid. \* El autor es investigador de la historia argentina. Este artículo fue publicado en "Historias de la Ciudad – Una Revista de Buenos Aires" (n.º 11, septiembre de 2001), que autorizó su reproducción a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Venezuela 842, CPA C1095AAR – Buenos Aires, Argentina - 4338-4900 interno 7532 [rdusil@defensoria.org.ar](mailto:rdusil@defensoria.org.ar), [www.defensoria.org.ar](http://www.defensoria.org.ar), consultado en <http://www.la-floresta.com.ar/documentos/delitolavagancia.doc>.

23. Llama poderosamente la atención el análisis breve que desarrolla al respecto RUBIO LLORENTE, sobre el deber de trabajo del art. 35 de la Constitución española, idéntico al que aparece en el art. 25 de la colombiana. Dice que no resulta fácil determinar la finalidad que persigue, ni cuáles las razones que justifican su imposición, por lo que al no ser jurídicamente exigible, se convierte en un enunciado ya no jurídicamente irrelevante sino absurdo! FRANCISCO RUBIO LLORENTE. "Los deberes constitucionales", ... cit., pp. 11-56, en especial, pp. 30-31. Vaya mundo increíble y feliz donde el bien jurídico del trabajo sea un absurdo y el tiempo y esfuerzo de los

Porque el no desarrollar ninguna actividad económica productiva pudiendo hacerlo es un privilegio<sup>24</sup> predicable de los menos de los individuos<sup>25</sup>, siendo para la mayoría inmensa de las personas naturales, una obligación, una necesidad, un deber definitivo para guarnecer de los bienes y servicios que nutren o acompañan la existencia, para ganarse la vida. Un deber anómalo, a no dudarlo, pues su incumplimiento no acarrea penas privativas de la libertad ni sanciones administrativas (arts. 16, 29), sino que limita, de hecho y radicalmente, las expectativas de la persona o de sus allegados, para vivir con dignidad y opciones de progreso y desarrollo, sin que sean reconocibles (o se quieran reconocer) obligaciones constitucionales claras llamadas a eliminar tal deficiencia (arts. 42 a 82).

## *2.2. Excepciones al deber constitucional*

Dada la posición física, intelectual, o jurídica de ciertos sujetos, quedan éstos eximidos del deber constitucional de ganarse la vida y los contenidos que con él se pretenden, han de ser satisfechos por los deberes sociales de otros (art. 2º CP).

Su edad o condición y durante el tiempo que esta subsista (hasta cumplir la mayoría de edad para trabajar, durante la ancianidad, ante la discapacidad, la privación de la libertad, o la situación coyuntural de imposibilidad), desplaza el deber hacia la familia, la sociedad y el Estado, cuyas obligaciones y acciones tendientes a sostener la vida y el desarrollo personal del sujeto (o los sujetos) en cuestión, reflejan la conformación de un derecho fundamental a tener condiciones materiales, intelectuales y morales para vivir con dignidad<sup>26</sup>.

Para los niños el ganarse la vida se representa en todos los derechos derivados de su infancia: derecho al amor, la alimentación, la familia, unos padres responsables, acceso efectivo a la educación, a las expresiones culturales, a practicar deportes. Es decir, derechos que abren las perspectivas de

individuos y grupos deba ser dedicado al conocimiento y al voluntariado social y ambiental, la cultura y los placeres que alimentan el cuerpo, la mente, el espíritu. Vaya y negar la exigibilidad material del trabajo como deber de ganarse la vida.

24. No necesariamente perseguible ni ilegítimo en términos constitucionales, si se trata de un privilegio real unido a la posesión de una cosa o al ejercicio de un cargo, adquiridos con justo título. Un deber de trabajar, muy pocas veces ejercido por las razones que adujera la sala laboral de la Corte suprema de justicia: para “combatir la ociosidad y la vagancia que pueden llegar hasta ser zonas vecinas del delito”. Radicación 2316 Acta n.º 45, Sentencia 128 de octubre 10 de 1991.

25. Que en todo caso han de contar con el soporte en las utilidades del ejercicio de las libertades económicas.

26. Esta obligación en el tradicional Derecho de Alimentos, ha radicado en los allegados por parentesco civil, por consanguinidad, matrimonio, etc., y hoy desde el discurso constitucional y el trabajo de sus intérpretes, se reconoce como una obligación del Estado social y todos sus integrantes, no sólo a favor del hijo menor o incapaz, el cónyuge, los padres, sino en general de todos los sujetos que merezcan un trato diferenciado en cualquier aspecto relevante.

libertad, aumentan la capacidad para asumir en la adultez con el pleno de sus habilidades, el deber de ser libres económicamente (arts. 44 y 45 CPC). Para los ancianos y las personas con discapacidad plena y definitiva, representa el derecho a una asistencia permanente por parte de los sujetos obligados (familiares hasta cierto grado y Estado), salvo que aquellos hayan reunido las condiciones para acceder al derecho a la pensión de vejez o invalidez y ella sea suficiente para la subsistencia (art. 46, 47, 48 CPC)<sup>27</sup>.

Por su parte, cuando se habla de una discapacidad parcial, el moderno constitucionalismo económico determina que el poder público está llamado a facilitar condiciones para que los sujetos puedan efectivamente asumir su deber económico, con las restricciones que suponen su condición física o circunstancial, más con la garantía de que con ello puedan asegurar su libre desarrollo personal. Subsidios, ayudas humanitarias y formas asistenciales cuando sea requerido; pero sobre todo formación, reglas en la construcción de vías y propiedades que los consideren, crear opciones, incentivos, alicientes, para incluir a los discapacitados temporales en los círculos y promesas del mercado<sup>28</sup>.

Las circunstancias pueden también alterar la capacidad del sujeto para cumplir con las responsabilidades derivadas del deber de ganarse la vida. Ello justifica plenamente que el Estado no pueda reducir su asistencia a tres meses de subsidio la atención de la población desplazada<sup>29</sup>, y esté llamado a crear incentivos y discriminaciones positivas para su reparación socio-económica, así como la de reinsertados de grupos paramilitares como de la guerrilla<sup>30</sup>. El estadio al que se quiere llegar es aquél en el que el sujeto sometido a

27. También en artículo 10 del PIDESC, y artículos 6º-2, 15-3-b, d, 16, 17 y 18 Protocolo de San Salvador, a más de las convenciones ratificadas por Colombia sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sobre los Derechos del Niño y no ratificadas como la Convención contra la discriminación de los Discapacitados.

28. La Ley 361 de 1997, crea buen ánimo una política a favor de la inclusión laboral de los discapacitados. Con todo, su intención garantista de protección extrema y desproporcionada a favor del discapacitado vinculado, ha generado el incentivo de nunca contratar y por tanto ha reducido su eficacia y aplicación por parte de las empresas.

29. Sentencia C-278 de 2007, donde se declara inexecutable la norma legal que limitaba a tres meses, prorrogables excepcionalmente y por una vez, el subsidio del Estado a la persona en condición de desplazamiento. Pues según la Corte "... la ayuda humanitaria no puede estar sujeta a un plazo fijo inexorable. Si bien es conveniente que la referencia temporal exista, debe ser flexible, sometida a que la reparación sea real y los medios eficaces y continuos, de acuerdo a las particularidades del caso, hasta salir de la vulnerabilidad que atosiga a la población afectada, particularmente en esa primera etapa de atención, en la cual se les debe garantizar condiciones de vida digna que hagan viable parar el agravio, en tránsito hacia una solución definitiva mediante la ejecución de programas serios y continuados de estabilización económica y social".

30. Ley de justicia y paz, Ley 975 de 2005, Ley 782 de 2002, Ley 938 de 2008, Ley 1151 de 2007, Código de Procedimiento Penal /Ley 904 de 2006) y especialmente el art. 15 y art. 18 de la Ley 387 de 1997.

tales condiciones, pueda finalmente recomponer su forma de desarrollarse económicamente. Acciones afirmativas, concesiones, que antes que auxilios y pequeños privilegios, propicie herramientas para que la capacidad individual se manifieste con el esfuerzo propio y sea éste el que permita al sujeto subsistir y progresar por sí mismo.

Para estos grupos, el ganarse la vida es ante todo un derecho que revela un deber fundamental para el Estado, que mediante un programa sostenible incluya la atención humanitaria básica y proyectos a largo plazo de auto-realización laboral o productiva. Esto no se hace posible ni deseable a través sólo de políticas estrictamente asistencialistas, pues además de que no son posibles en términos financieros más que a un costo excesivo, generan igualmente incentivos de *llamado* sobre otras poblaciones, mafias e inequidades. La asistencia por parte del Estado representa un deber fundamental para con tales poblaciones, pero como fórmula inicial con la que atender la disminución de sus libertades económicas fundamentales que ha representado su situación de desplazamiento forzado o de ser *soldados* de cualquiera de los actores del conflicto.

### 3. DEBER ECONÓMICO Y DIGNIDAD

En un provocador texto de F. NIETZCHE que se titula *El Estado griego, prólogo a un libro que no se ha escrito*, apuntaba él sobre la dignidad del trabajo, que ha sido una forma de esconder nuestra miseria, esta terrible necesidad que fuerza a un trabajo aniquilador que el hombre, seducido por la voluntad, considera sagrado! Los griegos por el contrario, comentaba el filósofo, “no inventaban para su uso tales conceptos alucinatorios. Ellos confesaban, con franqueza que hoy nos espantaría, que el trabajo es vergonzoso”<sup>31</sup>, no excusable ni en los artistas y a la esclavitud equiparable<sup>32</sup>.

Los modernos por el contrario, y los muy modernos del mundo contemporáneo, tenemos en el trabajo, en el ganarse la vida, un aliciente principal del espíritu, a veces de la locura del espíritu, que ha alentado el desarrollo de la humanidad y de su economía desde el Medioevo hasta nuestros días. El funcionamiento de nuestra especie, que debe adelantar actuaciones, permanentemente, en procura del subsistir, crecer y desarrollarse. Por ello se ha considerado como una dentro de las libertades constitucionales.

31. “El trabajo es una vergüenza porque la existencia no tiene ningún valor en sí: pero si adornamos esta existencia por medio de ilusiones artísticas seductoras, y le conferimos de este modo un valor aparente, aún así podemos repetir nuestra afirmación de que el trabajo es una vergüenza, y por cierto en la seguridad de que el hombre que se esfuerza únicamente por conservar la existencia, no puede ser un artista”. En F. NIETZCHE. *Obras completas*, vol. V, Buenos Aires, Aguilar, 1963, pp. 114-115. (OVEJERO Y MAURY, EDUARDO, Trads.).

32. Idem, p. 115.

Ni lo uno ni lo otro, en sentido estricto, o las dos cosas al mismo tiempo, o que no resta y al contrario aviva el imperativo constitucional de que el trabajo se ejerza en condiciones de dignidad.

### *3.1. De la libertad desprotegida, a la protección de un deber dignificante*

Desde la tradición liberal económica que ha acompañado al capitalismo<sup>33</sup> y al Estado de Derecho<sup>34</sup>, ganarse la vida se ha mostrado más como un derecho de libertad que como un castigo tras la salida del paraíso!<sup>35</sup>, o pesada carga desde la Constitución material.

Muy ajeno a ello pues, cuando se busca lo que anima el discurso del sistema económico del Estado liberal y social de derecho, ese complejo cúmulo de decisiones y acciones destinadas a producir riqueza y a distribuirla, a atender las necesidades humanas individuales y colectivas, se lo encuentra en el ejercicio de las libertades económicas, o “conjunto de facultades que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”<sup>36</sup>. El trabajo humano, individual y coordinado, con fines parti-

33. Así, en la descripción de las señas de identidad del capitalismo de MAX WEBER: 1. Apropiación de todos los bienes materiales de producción; 2. libertad mercantil en la producción y circulación; 3. técnica racional contable; 4. derecho racional y seguro, 5. trabajo libre; 6. comercialización de la economía a partir del uso general de los títulos valor y 7. la especulación. MAX WEBER. *Historia económica general*. México, Fondo de Cultura Económica, (1924)1976 (reimpresión), pp. 237-238.

34. En sus versiones más acabadas, como las del Constitucionalismo contemporáneo, a favor de una sociedad regida por los derechos humanos. Sobre el particular, algunas aproximaciones al neoconstitucionalismo como manifestaciones del Estado de Derecho. Vid. MIGUEL CARBONELL. (ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. En particular, los trabajos de esos tres grandes tenores del Derecho constitucional contemporáneo. Madrid: Trotta, 2006.

35. Glorificado además por la gracia divina (MAX WEBER. *La ética protestante y el “espíritu” del capitalismo*. Madrid: Alianza, edición de 2001, pp. 193 y ss., en especial 209, 224-225), compañero inseparable del desarrollo del Constitucionalismo blanco (FERNANDO REY MARTÍNEZ. *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo: la impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 26, 2003).

36. La Corte Constitucional, desde la sentencia T-425 de 1992. Concepto muy cercano por cierto a la Sentencia de la Corte suprema de justicia no. de radicación 2316 Acta n.º 45 Sentencia 128 de octubre 10 de 1991 en la que se decía: “...el derecho al trabajo que es inherente a toda persona humana, consiste en la facultad que tiene todo individuo de utilizar sus capacidades o aptitudes en una actividad lícita con un fin determinado, que a guisa de ejemplo puede ser el de satisfacer necesidades de diversa índole, el de adquirir los medios necesarios para su sostenimiento, el de generar o aumentar un patrimonio, etc., así como el de obtener determinados logros en el arte, la cultura o la ciencia”. En [http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/CSJ\\_SP\\_128\\_1010\\_1991.HTM](http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/CSJ_SP_128_1010_1991.HTM) <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2001/Agosto/01049760.php>

culares, comerciales, lucrativos, también públicos, diáfana expresión de la existencia de cada uno en el mundo.

Esta concepción sobre el fundamento que anima el sistema productivo, es también la que explica por qué sobre esa materia lo que se reconoce a los individuos por el Derecho, son libertades positivas o de autodeterminación, derechos de defensa, garantías constitucionales, derechos de participación y como efecto esperado y protegido, los derechos de propiedad, los derechos adquiridos. Derechos de ejercicio libre, que pueden tener origen en la libertad de trabajo como libertad individual para escoger y ejercer profesión u oficio (art. 26) dependiente (art. 25) o independiente fruto de la iniciativa y el emprendimiento (art. 333); libertad que en conjunto y con las intervenciones justas (art. 334), crea la protección de los derechos adquiridos con justo título, de la propiedad con función social y ecológica, de la propiedad intelectual (arts. 332, 365, 366, 58, 61), así como un mercado libre y competitivo (art. 333). Es decir, el escenario propio para ejercer la libertad de consumo (art. 78)<sup>37</sup>, libertad y derechos a los que apunta el proceso productivo y comercializador por ser el ámbito en el que se satisfacen las necesidades y aspiraciones personales con los que se autoconstruye la existencia humana.

No aseguran derechos económicos a algo en cuanto tales, derechos que sólo se protegen cuando se cumple el deber individual a través de la elección de profesión u oficio, la iniciativa privada en todas sus manifestaciones y también la explotación de bienes propios.

Sin embargo, como se anticipa desde atrás, esta lectura positiva y liberal no oculta la dimensión más poderosa de la relación entre la economía y la vida de los individuos y las colectividades, de ser un deber el participar en la vida económica, para producir en el desarrollo de actividades (ojalá lícitas) el beneficio que permitan constituir un patrimonio, mantenerlo o incrementarlo, con el cual ganarse la vida y desde allí desarrollarse.

Una calidad normativa que lejos de envilecer el trabajo lo refuerza, por ser una libertad que se ejerce porque toca y de allí en adelante porque expresa una manifestación del individuo en su capacidad de autodeterminarse. De allí que deba asegurarse y garantizarse intensamente por el mercado y por el Estado, mediante. A través de su funcionamiento correcto, leal, responsable, transparente, leal, sostenible y plural de los agentes económicos, en el primer caso. A través de la intervención pública económica en el segundo, sobre todos los mercados y sectores económicos, para asegurar que en lo que hace

37. Esta relación evidencia que según el interés en el mercado, hay dos tipos de libertad económica: Las de orden productivo y las de consumo. Tienen intereses distintos, pero del todo interdependientes. Se trata de libertades que buscan crear un beneficio, riqueza individual y colectiva, con las que satisfacer los intereses legítimos de producir, de hacer algo, de trabajar para ganarse la vida, o de consumir todos los bienes y servicios necesarios y apetecidos.

a ese deber, se atienda a las capacidades individuales<sup>38</sup>, a la desigualdad en las oportunidades<sup>39</sup>, y se asigne cabal protección a los derechos patrimoniales que distribuyan con igualdad y equidad la riqueza y la pobreza generada por cada proceso productivo, comercializador y de consumo.

No se incluye en esta protección intensa, los excesos propios del *workholismo* y otros afanes y desasosiegos del mundo corporativo<sup>40</sup>, ni los ámbitos de la acumulación neta donde no trabaja la persona sino su riqueza, se incluye sí el ámbito que procura existir y constituir un patrimonio con el cual tener opciones de progreso, a más de la libertad para elegir cómo y en qué cumplir y hasta dónde con el deber de subsistir y de auto-dignificarse.

Un deber económico fundamental que reclama la más intensa de las protecciones posibles en los escenarios políticos, administrativos, empresariales, gremiales, sectoriales, judiciales posibles.

38. Coincide esta idea con la apuesta de AMARTYA SEN, por una forma de entender el desarrollo, el mejoramiento de la calidad de vida a partir de la libertad efectiva, de crear condiciones de igualdad para la libertad y el ejercicio o la formación de capacidades, bien mediante la provisión de libertad de trabajo, bien con la de servicios públicos de salud, educación, saneamiento, alimentación adecuada. En lo que hace a lo primero ha dicho “dada una astuta elección por parte de los individuos, la eficiencia, desde el punto de vista de las utilidades individuales, tiene que depender en gran medida de que se ofrezcan a los individuos suficientes oportunidades para poder elegir. Estas oportunidades no sólo son relevantes para lo que eligen los individuos... sino también para las opciones útiles que tienen (y para las libertades fundamentales de que disfruta)”. Por eso, es que visto desde otra perspectiva, la desigualdad más preocupante es, antes que la de la renta, la desigualdad de las libertades y las capacidades fundamentales, debido principalmente a la posibilidad de que la desigualdad de la renta vaya “acompañada” de desigualdad de ventajas para convertir las rentas en capacidades”. se centra en la desigualdad de la *d Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta, reimpresión 2006, pp. 150, 151. También en AMARTYA SEN, “Calidad y bienestar”. En NAUSSBAUM y SEN (comps.). *La calidad de vida*. México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 54 y ss.

39 Importante el indicador de oportunidades humanas diseñado por la Banca mundial, que aunque mide el porcentaje de las oportunidades necesarias para asegurar el acceso universal de la niñez (0 a 16 años) a la educación primaria y a los servicios básicos como electricidad, agua potable y alcantarillado, determina al mismo tiempo qué tan importantes son las circunstancias personales para abrir o cerrar el acceso a los servicios necesarios para una vida productiva y en esa línea permitir a los estados el diseño de políticas públicas. Y el reporte de su aplicación se señala: “entre un cuarto (Colombia) y la mitad (Guatemala) de la desigualdad de ingreso que existe entre los adultos de América Latina, se debe a circunstancias fuera de su control que enfrentaron al inicio de sus vidas, en el comienzo mismo, sin tener en ello culpa alguna. Y aunque su raza, género y lugar de residencia jugaron un papel, ninguna circunstancia tuvo tanto peso como la educación de su madre y los ingresos de su padre. En otras palabras, los latinoamericanos tienen razón de sentir que están desfavorecidos por un terreno de juego que no está nivelado...”. MARCELO GIUGALE. “Prólogo”, AA. VV. *Midiendo la desigualdad de oportunidades en América Latina y el Caribe*. Banco Mundial, 2008. [http://siteresources.worldbank.org/LACINSPANISHEXT/Resources/Book\\_IOH.pdf](http://siteresources.worldbank.org/LACINSPANISHEXT/Resources/Book_IOH.pdf), diciembre 23 de 2008.

40. Cuya radiografía ha mostrado espléndido JOEL BAKAN en el libro *The Corporation*, llevado al cine bajo su dirección y la de MARK ACHBAR y JENNIFER ABBOTT. Vid. *The Corporation. The pathological pursuit of profit and power*. London, Constable & Robinson ltd., 2005. ‘Big Pictuare media Corporation, 2004, 2005.

### 3.2. Condiciones para el ejercicio digno del deber de ganarse la vida = deberes del Estado, deberes de los titulares

El carácter de libertad del deber de ganarse la vida tiene que estar asegurado, aunque tradicionalmente no sea un supuesto que tenga lugar espontáneamente en las relaciones económicas del capitalismo<sup>41</sup>. Ello explica la necesidad de inducir las condiciones que hacen posible los señalados mínimos de autonomía en la elección, igualdad en la contratación, equilibrio en las garantías para todos los sujetos que ejercer dicho deber de libertad, o en su defecto de reconocer en éstas, posiciones jurídicas con protección reforzada que incluya los amparos constitucionales necesarios (arts 86 y 88), a más de la aplicación del control de constitucionalidad intenso y de resultados, sobre las medidas legales que afectan su ejercicio.

Dicho de otro modo, si el ganarse la vida es visto como deber que se ha de manifestar con libertad económica individual (de necesario ejercicio), porque en el sistema económico de mercado constitucional y del Estado social de derecho en que se sienta el orden económico constitucional ante todo y para los más toca y toca también porque confiere identidad, pero también tocan, y muy en serio, correlativos deberes sociales del poder público. El Estado como sujeto pasivo de posiciones jurídicas de derecho, de quien tanto depende no que las personas subsistan, día tras día, sino que puedan libremente trabajar, emplearse, emprender, pactar, con miras a obtener un beneficio económico esperado que proyecte sus vidas, es decir, satisfaga sus necesidades y aspiraciones<sup>42</sup>.

Una intervención pública que por lo demás no opera *motu proprio*, o como ejercicio discrecional de sus potestades, sino activada por las obligaciones de respeto, protección, acción, prestación, discriminación positiva, promoción de las libertades, obligaciones que aunque subsidiarias imponen<sup>43</sup>, si del caso se trata (y de tal caso siempre se trata), encaminar las decisiones, medidas, políticas hacia la más equitativa y justa distribución de la riqueza, así como de

41. Muy al contrario según se aprecia por el propio Comité DESC de Naciones Unidas en la observación n.º 18, donde sobre el derecho al trabajo afirma: "International Labour Organization Convention n.º 122 concerning Employment Policy (1964) speaks of 'full, productive and freely chosen employment', linking the obligation of States parties to create the conditions for full employment with the obligation to ensure the absence of forced labour. Nevertheless, for millions of human beings throughout the world, full enjoyment of the right to freely chosen or accepted work remains a remote prospect. The Committee recognizes the existence of structural and other obstacles arising from international factors beyond the control of States which hinder the full enjoyment of article 6 in many States parties".

42. Vid. al respecto, la exposición citada de FORSTHOFF de NURIA MAGALDI. *Procura existencial*, cit., p. 85.

43. "(...) sólo cuando la sociedad no pueda solucionar –por sí sola y de forma solidaria– determinadas tareas consideradas esenciales para el desempeño de las libertades iusfundamentales". Cfr. NURIA MAGALDI. *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*, cit., p. 98.

los costos y beneficios de los ciclos productivos. Una intervención que también opera para ejercer control sobre los conflictos derivados de la búsqueda del máximo beneficio, la ausencia de cultura solidaria, las composiciones de acuerdos contrarios a los intereses generales, el abuso del derecho<sup>44</sup>.

#### 4. PROTECCIÓN DEL DEBER DE GANARSE LA VIDA COMO FORMA DE REDUCIR LA POBREZA

Protegido como espacio favorito del desde la Constitución al tener en la empresa la “base del desarrollo”, al proteger constitucionalmente con claridad normativa el derecho a la propiedad individual y al establecer un deber de intervención sobre la actividad económica toda, privada y pública, al reconocer la opción de que los particulares ocupen espacios para la prestación de servicios públicos, al desconocer que cada persona las libertades económicas aquí reconocidas en su carácter de deber propio al sistema económico de mercado del Estado y su sistema jurídico; su condición de deberes de libertad de elección y acceso, derecho a condiciones de igualdad de oportunidades y deber social intrínseco al derecho. Dos argumentos constitucionales con los que se puede revertir, desde la fuerza normativa del Derecho, el “orden” de desigualdad, inequitativa redistribución de la riqueza, incumplimiento de derechos sociales, dispuesto en las decisiones adoptadas (u omisiones consensuadas) desde las instancias que definen o convalidan las políticas económicas o desde el mercado. Interpretaciones que puedan ser útiles a los operadores jurídicos para afrontar el hecho burdo, prolongado y degradante de la pobreza, el estado de cosas inconstitucional para el 49% de colombianos, manifiesto como ausencia de oportunidades para ganarse la vida con dignidad y con razonables esperanzas para el progreso.

La pobreza es un problema para el Derecho y muy por lo pronto para el Derecho constitucional, porque manifiesta la ineficacia de los valores mínimos del Estado social reconocidos en la Constitución, como el preservar el fundamento constitucional de la dignidad humana, alcanzar, buscar los fines esenciales del Estado como la efectividad de los derechos todos y los correspondientes deberes sociales públicos, los derechos inalienables. (arts.

44. Ya en 2005 el señor BAKAN en *The Corporation* señalaba como medidas necesarias para afrontar el desafío de las todopoderosas corporaciones: Mejora del sistema regulatorio, fortalecimiento de la democracia, creación de una robusta esfera de lo público. Op. cit., pp. 161-167. Y en la actual crisis financiera y la recesión estadounidense y mundial, los muchos textos que apelan por la participación decidida del Estado y la construcción de reglas de control. Vid. *The uneven contest. A special report on the future of finance. From The Economist*, print edition, Jan 22nd 2009. Consultado en internet, [www.theeconomist.com](http://www.theeconomist.com). Y entre muchas, las columnas de PAUL KRUGMAN. “Combatir la depresión”, en *El Espectador*, 11 de enero, 2009. También la columna de EDUARDO SARMIENTO. *Keynes en la globalización*, 20 de diciembre 2008. Consultado en [www.elespectador.com](http://www.elespectador.com).

1º, 2º, 5º CPC). El derecho legislado y en general todas las fuentes derivadas están llamados a atender dichos problemas y a buscar de modo persistente solución. La verificación de las condiciones jurídicas para el ejercicio libre del deber y la realización de las posiciones de derechos que de él se desprenden, debe analizarse en las leyes y actos administrativos de intervención pública económica, también en los contratos y los arbitramentos, pues es en tales fuentes en las que se concreta la idea de justicia en lo económico. Su incompatibilidad con la Constitución y con los contenidos exigibles de libertad y dignidad de trabajo y actividad en el mercado, puede determinar una activación de los poderes: **de juzgar** inconstitucional o ilegal la norma que cree o auspicie dichas formas de perpetuación de la pobreza como incorrecta asignación de la riqueza producida; **de legislar** a favor de decisiones más próximas a la creación de oportunidades o de condiciones favorables al desarrollo económico; de **ejecutar, proponer, desarrollar e implementar** políticas públicas o políticas corporativas y sectoriales a favor del incremento de condiciones para cumplir con el deber económico en libertad y con opciones de desarrollo y prosperidad para una vida mejor.

Es una realidad de fuerza tal que impone el rechazo pleno de argumentos como: i) la amplia discrecionalidad del legislador frente al Estado social y la Constitución económica; ii) la preeminencia legislativa basada en su carácter democrático cuando son sustancialmente tecnocráticas las fuentes de poder que definen todas las decisiones público-económicas; iii) la cosa juzgada como argumento absoluto para inhibirse o negarse a juzgar decisiones que han impuesto límites a las libertades económicas de los grupos más débiles y han sido juzgadas respecto de sus fines pero no de sus resultados; iv) la ausencia de control para las omisiones legislativas absolutas que creen o afiancen condiciones de desigualdad y de pobreza; v) la ausencia de responsabilidad social y de solidaridad más allá de las normas legales y del contrato firmado entre las partes.

La pobreza hace que tales juicios de valor se hagan ilegítimos, pues auspician ámbitos de poder y determinación jurídicamente vinculantes ajenos a la Constitución, al discurso de la libertad y la igualdad y el Estado social de derecho.

Antes que con la asistencia humanitaria, la pobreza puede ser menos, definitivamente menos, afrontada desde leyes y políticas públicas y de los mercados, favorables a la dignificación del deber de ganarse la vida, que hagan viable esa anhelada “democracia de propietarios”<sup>45</sup>, de titulares reales

45. Una expresión que me gusta de RAWLS, basada en su cuidadosa forma de entender la justicia, que admite como “esencia constitucional” ... “la garantía de un mínimo social que cubra al menos las necesidades humanas básicas... Pues es razonablemente obvio que el principio de diferencia queda violado de forma bastante paladina, cuando no se garantiza ese mínimo”. ЖОН

de derechos subjetivos y de responsabilidades<sup>46</sup>, accediendo a los mercados, a través de negocios inclusivos, de la asignación económica equitativa, de la concepción de dinámicas sostenibles, que les brinden a sus numerosos miembros capacidad para desarrollarse económicamente a partir de la libre iniciativa individual.

Un enfoque que responde a un sello constitucional indeleble aquí expuesto, prioritario en la agenda pública<sup>47</sup> y corporativa<sup>48</sup>, o en su defecto, meritorio de persecución por los jueces<sup>49</sup>.

RAWLS. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona, Paidós, (2001) 2002, p. 210. (traducción de ANDRÉS DE FRANCISCO).

46. Por atender la preocupación (pienso en BERNARDO VELA) en contra de una forma material, acumulativa y estrictamente capitalista de ver el mundo, a través de la idea de derechos exigibles, como *status negativus* y *positivus* ante el Estado y ante otros obligados por el Derecho, para poder ejercer la libertad económica de ver por uno mismo.

47. Del Legislador en su “orden del día” y agenda legislativa, del Gobierno y la Administración en el diseño de políticas públicas.

48. Con ejemplos como los de la actual recesión económica del mundo, es imposible plantear como no ético (ARANGO, 2006, op. cit.) que los particulares, que las firmas, que las personas jurídicas, tengan obligaciones sociales relativas a la creación de condiciones para que todos los sujetos de la comunidad política estén en capacidad de ganarse libre y dignamente su vida, pues esto es parte de la fórmula para hacerlos más democráticos en sus decisiones, menos arbitrarios en sus actos, coherentes en su forma de justicia y la del orden político (vid. DAHL, op. cit.). Todo lo contrario a como han obrado para causar lo ocurrido. La teoría de la *drittwirkung*, el ingreso del *soft law* de la responsabilidad social empresarial y los standards internacionales, la disminución material del Estado o de la democracia, el discurso fuerte de los deberes constitucionales, no deben asumirse con recelo sino como manifestaciones del Derecho constitucional contemporáneo que vuelven a la libertad como fin y también como medio, por ver en ella no solo derechos sino poder, capacidad o no capacidad, no sólo un Estado indispensable ante nuestra naturaleza *lupus*, sino también la confianza en el Derecho de los derechos (derechos humanos, de todos, de cada uno), pero desde la dimensión de las responsabilidades personales.

49. El constitucional, llamado a no flaquear; el juez de lo contencioso administrativo cuando se reconozca en su poder inmenso de convertir el Estado social constitucional en Estado social administrativo (vid. JORGE IVÁN RINCÓN. *Las generaciones de los derechos fundamentales ...* op. cit., pp. 274-275); del juez ordinario (en el sentido que plantea ALEXEI JULIO. “Los Tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En AA. VV. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2007, pp. 148 y ss).

